Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung in gepfändete bewegliche Sachen

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Hermann Behrends
Gerichtsreferendar in Aurich

Göttingen 1926

Gutachter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Oertmann

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juni 1926

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt.

§ 1. Die rechtliche Natur der Zwangsvollstreckung 2

Zweiter Abschnitt.

Die privatrechtliche Auffassung der Zwangsversteigerung.

§ 2. I. Die Vertragstheorien, ihre Gründe und Gegengründe 15

§ 3. II. Die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers 23

III. Das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Zwangsversteigerung.

§ 4. 1. Allgemeines 33

§ 5. 2. Fälle der Zwangsversteigerung ohne Bestehen eines Pfändungspfandrechts 38

Dritter Abschnitt.

Die öffentlichrechtliche Auffassung der Zwangsversteigerung.

§ 6. I. Die öffentlichrechtliche Natur der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers 43

§ 7. II. Die Verstrickung als Grundlage der Zwangsversteigerung . . 46

III. Das Versteigerungsverfahren bis zur Erteilung des Zuschlags.

§ 8. 1. Allgemeines 53

§ 9. 2. Der Zuschlag 55

§ 10. 3. Das Ausgebot des Gerichtsvollziehers 57

§ 11. 4. Das Gebot des Meistbietenden 59

IV. Die Übereignung der Versteigerungssache auf den Ersteher.

§ 12. 1. Allgemeines über die rechtliche Natur 62

§ 13. 2. Das Wesen parallel gerichteter Vorgänge der Vollstreckung 64

§ 14. V. Gesetzliche Einzelbestimmungen, die für die publizistische Theorie sprechen 69

VI. Praktische Folgen der publizistischen Theorie.

§ 15. 1. Eigentumserwerb des Erstehers an Sachen Dritter ohne Rücksicht auf den guten Glauben 74

§ 16. 2. Bedeutung des Willens des Erstehers für den Eigentumserwerb 77

§ 17. 3. Die originäre Natur des Eigentumserwerbs 77

Literaturverzeichnis.

Bekker, Recht muß Recht bleiben. In der Festschrift für Großherzog Friedrich von Baden. 1896.

Bierbach, Die Anfechtung des Meistgebots in der Zwangsversteigerung wegen Irrtums über die Höhe des abgegebenen Gebots. Diss. Erlangen 1914.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB. Kommentar. 1914.

Binder, Philosophie des Rechts. 1925.

Blach, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung eines Grundstücks. Bei Gruchot Bd. 55 S. 332.

Bloch, Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs. Diss. Würzburg 1902.

Bonnekamp, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung. Diss. Leipzig 1912.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze. 1885.

v. Damm, Die Haftung für Eigenschaften einer zwangsweise versteigerten Sache, wenn der Gerichtsvollzieher das Vorhandensein von Eigenschaften zugesichert hat. ZZP. Bd. 42 S. 337.

Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichem Recht. 1897.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. 1864.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 4. Aufl. 1884.

Diez, über die rechtliche Natur der Grundstückszusammenlegung. 1893.

Dümchen, Schuld und Haftung. Iherings Jahrb. Bd. 54 S. 355.

Dunkhase, Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung oder von dem Eröffnungsantrage in ihrem Einfluß auf die Anfechtbarkeit nach § 23 der Reichskonkursordnung. ArchZivPrax. Bd. 77 S. 100.

Eckstein, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und des Zwangsverwalters. ZZP. Bd. 40 S. 48.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. 1909.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1. Abt. 8./9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1921.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. 1914.

Fischer, Otto, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1887.

Fischer-Schäfer, Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. 1910.

Fischer, Georg, Die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers. Diss. Leipzig 1906.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Frank, Das Strafgesetzbuch. Kommentar. 15. Aufl. 1924.
Franke, Die Entstehung des Pfandrechts an gepfändeten Sachen. ZZP. Bd. 36 S. 308.
Fröhlich, Haftung des Gläubigers bei Vollstreckung in Sachen Dritter. Diss. Breslau 1908.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 11. Aufl. 1913.
Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. In Fischers Abhandlungen Bd. 18 Heft 1.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895.
Goldschmidt, Materielles Justizrecht. In der Festgabe für Hübler. 1905.
Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. In Fischers Abhandlungen Bd. 20 Heft 3, 1910.
Günther, Die Wirkungen des Pfandverkaufs nach dem BGB. Diss. Rostock 1903.
Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1900.
Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Hassenpflug, Zur Anfechtung erlangter Befriedigung aus § 23 der Reichskonkursordnung. Bei Gruchot Bd. 32 S. 81.
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 1924.
Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung. In Leonhards Studien Bd. 34, 1911.
Hellmann, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im deutschen Zivilprozeß. In SeuffBl. 1888 Nr. 18 S. 272.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. In Fischers Abhandlungen Bd. 5, 1900.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1913.
Herrnritt, Grundlagen des Verwaltungsrechts. 1921.
v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes. 1924.
Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung. 1911.
Hölder, Anspruch und Klagerecht. ZZP. Bd. 29 S. 50.
Hölder, über das Klagerecht. Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 265.
Horn, Die rechtliche Natur der prozessualen Zwangsverwertung. Diss. Freiburg 1923.
Ihering, Der Zweck im Recht. 1893.
Immerwahr, Die Pfändung der eigenen Sache im Falle des Möbelleihkontraktes. DJZ. 1910 S. 597.
Jäckel-Güthe, Kommentar zum ZVG. 1912.
Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB. 1898.
Jastrow, Bemerkungen zu einigen zivilprozessualen Entscheidungen des Reichsgerichts. ArchZivPrax. Bd. 68 S. 358.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1905.
Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. 1908.
Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1797.
Kaufmann, Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt. Bei Gruchot Bd. 53 S. 325.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1925.
Kohler, Bürgerlichrechtliche und prozeßrechtliche Elemente im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung. In GrünhutsZ. Bd. 33 S. 561.
Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
Kohler, über exekutische Urkunden. ArchZivPrax. Bd. 72 S. 1.

Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. ArchZivPrax. Bd. 80 S. 141.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
Kortmann, Der Eigentumserwerb an Mobilien in öffentlicher Versteigerung nach dem Rechte der Gegenwart. Diss. Marburg 1913.
Kretschmar, Beiträge zum Zwangsversteigerungsrechte. In SeuffBl. Bd. 72 S. 963.
Krämer, Verstrickung und Pfändungspfandrecht. ZZP. Bd. 46 S. 146.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.
Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. 1893.
Lindemann, über Personenmehrheiten als Bieter und über Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren. Bei Gruchot Bd. 48 S. 93.
Lindemann, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. Diss. Erlangen 1917.
v. Liszt-Fleischmann, Das Völkerrecht. 1925.
Lütkemann, über Wesen und Eigentümlichkeiten des Kaufs im Wege der Zwangsvollstreckung. Diss. Göttingen 1916.
Mainka, Die Unterschiede zwischen Vertragspfandrecht und Pfändungspfandrecht. Diss. Breslau 1916.
Mandry-Geib, Der privatrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. 1898.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.
v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht. 1879.
v. Meibom, über den Vorzug eingeklagter und bis zur Exekutionsinstanz verfolgter Forderungen im Konkurse. ArchZivPrax. Bd. 52 S. 295.
Mothes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Art und Wirkungen. Diss. Leipzig 1913.
Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. 1907.
Nebinger, Der nichtrechtsmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen. Diss. Tübingen 1908.
Neumann, Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen. DJZ. 1901 S. 16.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Bd. 1 1908, Bd. 2 3./4. Aufl. 1910.
Oertmann-Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 2. 1919.
Oertmann, Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts. 1924.
Oertmann, Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen. ArchZivPrax. Bd. 96 S. 1.
Oertmann, Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage. ArchZivPrax. Bd. 107 S. 199.
Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit. Iherings Jahrb. Bd. 66 S. 130.
Olshausen, Kommentar zum StGB. 10. Aufl. 1916.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1904.
Pagenstecher, Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht? Bei Gruchot Bd. 50 S. 274.
Peiser in ZZP. Bd. 31 S. 399.
Planck, J. W., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 2. 1896.
Planck, J. W., Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879.
Planck, G., Kommentar zum BGB. Bd. 3. 4. Aufl. 1920.

Planitz, Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht. 1912.
Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechts. 1906.
Püschel, Die Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen durch den Abzahlungskäufer und ihre Wirkungen. LZ. Bd. 8 S. 1785.
Reichel, Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger. Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 451.
Reichmayr, Die Zwangszahlung aus fremden Mitteln. 1910.
Riedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen. 1903.
Riehl, über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. 1888.
Riehl, Die Zwangsversteigerung gemäß §§ 716 ff. ZPO. ZZP. Bd. 17 S. 32.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. 1908.
Rothenberg, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. ArchZivPrax. Bd. 94 S. 265.
Rottmann, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. 1900.
Schönfeld, Der preußische Gerichtsvollzieher. 1901.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
v. Schrutka-Rechtenstamm, über das Rechtverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan. GrünhutsZ. Bd. 13 S. 567 und Bd. 16 S. 673.
v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Überweisung gepfändeter Fahrhabe an den Gläubiger. GrünhutsZ. Bd. 38 S. 553.
Schulz, G., Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. Diss. Würzburg 1905.
Schultz, R., Die Vollstreckungsbeschwerde. 1911.
Schultze, A. S., Privatrecht und -prozeß in ihrer Wechselbeziehung. 1883.
Schwenke, Die zivilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Diss. Göttingen 1894.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1908.
Seuffert, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung. GrünhutsZ. Bd. 12 S. 617.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 55.
Smoira, Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Diss. Königsberg 1911.
Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts. GrünhutsZ. Bd. 4 S. 457.
Sohm, Die Pfändung durch den Gläubiger im langobardischen und im fränkischen Recht, eine Abspaltung der Fehde. In der Festgabe für R. Sohm 1914 S. 317.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. 9. Aufl. Bd. 1 1925, Bd. 3 1926.
Stein, über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes. In der Festgabe für Fitting 1903.
Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung. 1913.
Stein-Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 2. Aufl. 1924.
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. Bd. 1. 12. Aufl. 1925.
Struckmann-Koch, Kommentar zur ZPO. 9. Aufl. 1910.
Thiem, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung. Diss. Greifswald 1905.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1918.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1906.

Voß, Condictio possessionis und Vollstreckungspfändung. ArchZivPrax. Bd. 66 S. 161.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.
Wach, Vorträge über die Reichs-Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1896.
Weigelin, Pfändungspfandrecht an Forderungen. Diss. Tübingen 1899.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Weismann, Die Feststellungsklage. KrVSchr. Bd. 22 S. 379.
v. Welck, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im heutigen deutschen Zivilprozeß. Bei Gruchot Bd. 36 S. 497.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerl. Recht. ArchZivPrax. Bd. 92 S. 1.
Wolff, M., Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. In der Festgabe für Hübler 1905.
Wolff, Th., Kommentar zum ZVG. 3. Aufl. 1919.
Zapfe, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung. Diss. Münster 1921.

Einleitung.

Das Wesen der prozessualen Zwangsversteigerung von Mobilien ist im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt und deshalb streitig geworden. Wie bei den meisten Streitfragen der Zwangsvollstreckung liegt auch hier der Grund für die Entstehung der Meinungsverschiedenheiten darin, daß im Vollstreckungsrecht öffentliches und privates Recht eng miteinander verknüpft sind. Die Zwangsvollstreckung gehört weder ausschließlich dem öffentlichen Rechte, noch ausschließlich dem Privatrechte an. Ausgangspunkt und Endpunkt liegen auf dem Gebiete des Privatrechts; denn Aufgabe der Zwangsvollstreckung ist es, einen unrechtmäßigen privatrechtlichen Zustand in einen rechtmäßigen zu verwandeln. Das Verfahren aber erhebt sich, wie noch näher zu zeigen sein wird, „aus den Niederungen des Privatrechts in die hohe Sphäre staatlicher Rechtsausübung“ [1]). Der moderne Staat kann grundsätzlich die Ausübung des Zwanges zur Regelung privatrechtlicher Verhältnisse nicht dem Einzelnen überlassen, da dadurch der Willkür und der Ungerechtigkeit des wirtschaftlich Stärkeren Tür und Tor geöffnet und ein ständiger Krieg der Einzelnen untereinander entstehen würde. Dies zu vermeiden, nimmt der Staat, dessen Aufgabe es ist, den Frieden und das Recht in seinem Gebiete zu schützen, eine Beteiligung bei der Ausübung der Zwangsgewalt für sich in Anspruch.

In welchem Maße nun der Staat als Hoheitsperson bei der Zwangsvollstreckung beteiligt ist, inwieweit somit öffentliches Recht zur Geltung zu kommen habe, ist eine Frage, deren Beantwortung viel Streit hervorgebracht hat. Die Lehre vom öffentlichen Recht ist noch verhältnismäßig jung und hat erst mit dem Erstarken der Staatsgewalt in den letzten Jahrzehnten eine besondere Förderung erfahren, liegt aber immerhin auch heute noch sehr im argen. So kommt es, daß selbst verhältnismäßig junge Gesetze noch keine wünschenswerte klare Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht kennen, und besonders unsere geltende Zivilprozeßordnung zeigt in dieser Hinsicht manche Schwächen. Wenn man auch im allgemeinen feststellen kann, daß dem öffentlichen Recht immer mehr die Stellung eingeräumt wird, die ihm gebührt, so wurzeln doch

[1]) Stein, Grundfragen S. 7.

noch vielfach die in der Rechtsprechung und der Literatur vertretenen Anschauungen allzu fest in privatrechtlichen Gedankengängen. Man kann sich nicht losmachen von den althergebrachten privatrechtlichen Auffassungen und versucht nach wie vor viele Erscheinungen privatrechtlich zu erklären, deren Erklärung besser nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten erfolgt. Diesem Fehler begegnen wir auch, wie im folgenden zu zeigen sein wird, bei der Behandlung der rechtlichen Natur der Zwangsversteigerung.

Die herrschende Lehre sieht in der Mobiliarzwangsversteigerung einen privatrechtlichen Kaufvertrag. Demgegenüber behauptet eine andere Theorie, die Zwangsversteigerung sei ein öffentlichrechtlicher Akt und deshalb der Anwendung privatrechtlicher Normen entzogen.

Um zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen, gilt es zunächst, auf eine andere einzugehen, die das Wesen der Zwangsvollstreckung betrifft. Es wird nämlich vielfach angenommen, daß die gesamte Zwangsvollstreckung ein Ausfluß des privaten Gläubigerrechts, daß der Gläubiger das Subjekt der Zwangsvollstreckung sei. Hiergegen lehrt eine andere Meinung, daß der Staat kraft eigenen Rechts im Zwangsvollstreckungsverfahren tätig werde[2]). Bestände die erst genannte Ansicht zu Recht, so wäre damit auch das Ergebnis unserer Aufgabe festgelegt. Denn, wäre die gesamte Zwangsvollstreckung die Betätigung eines Gläubigerrechts, so könnte die Versteigerung nicht ein öffentlichrechtlicher Akt sein. Es ist deshalb für die Beurteilung der rechtlichen Natur der Zwangsversteigerung unbedingt erforderlich, sich zunächst über das Wesen der Zwangsvollstreckung überhaupt Klarheit zu verschaffen.

I. Abschnitt.

§ 1: Die rechtliche Natur der Zwangsvollstreckung.

Im älteren Recht war überall die Zwangsvollstreckung Ausübung eines Gläubigerrechts. Eine rechtlich erlaubte Selbsthilfe, die sich nach bestimmten Regeln vollzog, stand dem Gläubiger zu Gebote, um seinen Anspruch, den der Schuldner nicht freiwillig erfüllte, zu verwirklichen[3]). Auch die Pfändung des mittelalterlichen Rechts geschah anfangs durch den Gläubiger ohne Mitwirkung der Obrigkeit[4]). Mit dem Erstarken der Staatsgewalt wurde begreiflicherweise diese Eigenmacht des Gläubigers

---

[2]) Literatur s. weiter unten.

[3]) Oertmann-Hellwig S. 140; Weismann S. 11; vgl. die legis actio per manus iniectionem und pignoris capionem.

[4]) Planitz S. 164 ff.; Sohm in der Festgabe für seinen Vater S. 321 ff.

immer mehr zurückgedrängt. Der Staat konnte eine Zwangsausübung in seinem Gebiete nicht mehr dulden, an der er nicht selbst beteiligt war. Um eine gewisse Kontrolle über die Gläubigerpfändung zu haben, wurde zunächst das Erfordernis der Genehmigung durch das Gericht aufgestellt[5]), und später verlangte der Staat sogar die Mitwirkung des Richters bei Vornahme der Pfändung. Auch unter diesen Verhältnissen war die Pfändung anfangs noch Ausübung des Gläubigerrechts, wie Planitz[6]) einleuchtend nachgewiesen hat. Die wachsende Bedeutung des Richters führte zu immer größerer Selbständigkeit seiner Tätigkeit bei Vornahme der Pfändung, so daß schließlich nur noch der Gläubiger bei der Pfändung zugegen sein mußte, der Richter aber mit der Vornahme betraut wurde[7]). Die spätmittelalterlichen Quellen lassen endlich nur noch den Auftrag des Gläubigers an den Richter genügen, um die Pfändung durchzuführen, eine weitere Mitwirkung des Gläubigers wurde nicht mehr zugelassen[8]). So hatte die Entwicklung dahin geführt, dem Richter die Stellung des Subjekts der Zwangsvollstreckung zu gewähren, die früher der Gläubiger gehabt hatte. Nicht mehr der Gläubiger konnte die Pfändung ausführen, sondern nur dem Richter stand dieses Recht zu. Diese Regelung führte zu einer grundsätzlichen Umdeutung der Grundlagen der Zwangsvollstreckung. Der Gedanke, daß die Zwangsvollstreckung Ausfluß des Gläubigerrechts sei, wich mehr und mehr der Auffassung, die schließlich allgemeine Geltung erlangte, daß der Gläubiger durch seinen Auftrag nur den Anstoß gebe zu einem Handeln des Richters, das in seinem Ursprung nichts mit dem Gläubigeranspruche zu tun habe, sondern seine Rechtfertigung als staatliche Rechtspflegehandlung in der öffentlichen Gewalt finde[9]).

Unser modernes Recht hat wiederum dem Gläubiger größeren Einfluß auf die Zwangsvollstreckung eingeräumt. Es hat, französischem Vorbild folgend, das Institut des Gerichtsvollziehers geschaffen, der die Zwangsvollstreckung unabhängig vom Prozeßgericht vornimmt und dabei in großem Umfange an die Weisungen des Gläubigers gebunden ist.

Bei der Neuregelung des heutigen Prozeßrechts ist es deshalb wieder streitig geworden, ob heute noch der Staat als Träger des Vollstreckungsrechts gelten kann, oder ob nunmehr wieder dem Gläubiger diese Stellung einzuräumen ist.

---

[5]) Dabei handelte der Gläubiger nicht als Bote des Richters, wie v. Meibom S. 128 annimmt, sondern kraft eigenen Rechtes. Planitz S. 449; Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter Bd. 2 S. 336.

[6]) S. 164 ff., 452 ff.; and. A. v. Meibom, der eine Richterpfändung annimmt.

[7]) Planitz S. 477.

[8]) Planitz S. 478.

[9]) Planitz S. 478; Oertmann-Hellwig S. 140; Weismann S. 11; Degenkolb, Einlassungszwang S. 117.

Eine weitverbreitete Lehre[10]), deren entschiedenster Vertreter A. S. Schultze ist, nimmt die Stellung des Trägers der Vollstreckungsgewalt für den Gläubiger in Anspruch. Sie argumentiert etwa folgendermaßen: Dem Privatanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner ist die Erzwingbarkeit immanent. Jeder Gläubiger hat auf Grund seines Anspruches das Recht, den Schuldner, der nicht freiwillig leistet, zur Erfüllung zu zwingen. Wenn im geltenden Recht der Gläubiger nicht befugt ist, den Zwang selber auszuführen, sondern nur staatliche Organe die Zwangsvollstreckung vornehmen dürfen, so ändert das nichts an der Tatsache, daß die Zwangsvollstreckung Ausübung des Gläubigerrechts ist. „Die Frage, wer das Organ des Zwanges ist, darf nicht verwechselt werden mit der Frage, wer das Subjekt der Zwangsbefugnis ist[11])." Die Regelung, daß nur Staatsorgane zur Ausübung der Zwangsvollstreckung berufen sind, erklärt sich aus reinen Zweckmäßigkeitsrücksichten. „Das Tätigwerden des Vollstreckungsorganes bedeutet noch keine Aufhebung, sondern höchstens eine Abschwächung der privatrechtlichen Macht, sie betrifft nur die Form[12])." „Der Berechtigte legt, ohne sich seines Rechtes zu entäußern, die Ausübung desselben in die Hände der Staatsbehörden, damit diese das Privatrecht an seiner Statt und zu seinen Gunsten ausüben[13])." Diese Natur der Zwangsvollstreckung tritt deutlich in dem großen Einfluß zutage, den der Gläubiger auf den Gang des Verfahrens hat. Nur der erklärte Wille des Gläubigers zur Vornahme der Zwangsvollstreckung berechtigt den Staat, mit Zwangsmitteln gegen den Schuldner vorzugehen, nicht der Staat von sich aus darf zur Zwangsvollstreckung schreiten. Der Gläubiger kann das Verfahren hemmen und auch sonst maßgeblich beeinflussen[14]). Der Staat handelt also bei Vornahme der Vollstreckung nicht kraft eigener Machtvollkommenheit, sondern nur kraft des Privatrechtes und im Auftrage des Gläubigers. Dieses Verhältnis bringt die ZPO. klar zum Ausdruck mit der Bestimmung des § 753, daß die Zwangsvollstreckung durch Gerichtsvollzieher erfolge, welche dieselbe „im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben".

Der soeben wiedergegebenen Lehre sind in der Literatur viele Gegner

---

[10]) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 64 ff.; Dümchen, JheringsJ. Bd. 54 S. 396 ff.; Degenkolb S. 103, 117, 118, 127; Weismann, KritVSchr. Bd. 22 S. 382 Anm.; Seuffert, GrünhutsZ. Bd. 12 S. 624; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 10, 130; Pagenstecher, Rechtskraft S. 371 ff.; Bunsen S. 9.

[11]) Schultze S. 64.

[12]) Dümchen S. 396.

[13]) Seuffert a. a. O. S. 624.

[14]) Über den Einfluß des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung im einzelnen s. weiter unten.

entstanden[15]). In der Tat stehen ihr so ernste Bedenken entgegen, daß man ihr nicht beitreten kann.

Schon der Ausgangspunkt der Lehre, daß zum Inhalt des Gläubigerrechts die Erzwingbarkeit als Begriffsmerkmal gehöre, ist keineswegs zweifelsfrei. Es ist eine viel behandelte Streitfrage, ob die Erzwingbarkeit Wesensmerkmal des Rechts ist. Mit derselben Entschiedenheit haben namhafte Vertreter diese Frage bejaht[16]), als sie andere verneint haben[17]). Für die sog. Zwangstheorie erklärten sich vor allem die Anhänger der naturrechtlichen Schule und Kant[18]): „Recht und Befugnis zu zwingen sind einerlei." Besonders deutlich spricht sich Ihering für die Zwangstheorie aus, wenn er sagt[19]): „Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen. Kriterium des Rechts ist Anerkennung und Verwirklichung desselben durch die Staatsgewalt. Ein Rechtssatz ohne Rechtszwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet." Mit treffenden Worten bekennt sich auch Bekker[20]) zu der Zwangstheorie: „Die Grundlagen jeden geltenden Rechts sind: du sollst; wenn du nicht willst, wirst du gezwungen."

Die Vertreter der Lehre, daß die Erzwingbarkeit Begriffsmerkmal des Rechts sei, machen den Fehler, daß sie von der Erkenntnis aus, daß nur dasjenige Recht als vollwertig gelten könne, das nötigenfalls auch gegen den Willen des Verpflichteten durch Zwangsanwendung erfüllt werden kann, eine unrichtige Folgerung ziehen. Es ist sicher, daß der

---

[15]) Oertmann, ArchZivPr. Bd. 107 S. 203 ff.; Oertmann-Hellwig S. 191 ff.; Stein, Grundfragen S. 5 ff., 10 ff., 16 ff.; Komm. Vorb. II, 2 vor § 704; Hellwig, Anspruch S. 401; Klagrecht S. 18 ff.; Lehrb. Bd. 2 S. 108; Müller S. 12 ff.; Weismann S. 11, 122; Geib S. 39, 74, 95.

[16]) Ihering, Zweck im Recht Bd. 1 S. 320 ff.; Siber, Rechtszwang S. 78; IheringsJ. Bd. 50 S. 172; Dümchen, IheringsJ. Bd. 54 S. 398; Hölder, ZZP. Bd. 29 S. 51 u. 58; IheringsJ. Bd. 76 S. 290; Reichel S. 157: Wendt, ArchZivPrax. Bd. 92 S. 150; v. Tuhr Bd. 1 § 4 VI; Geib S. 29, 151 ff., 159 ff. und mit bes. Entschiedenheit und guter Begründung Binder, Philos. des Rechts S. 236 ff.

[17]) Jellinek, System S. 349 ff.; Gierke, Dtsch. PrivR. Bd. 1 S. 113 ff.; Hellwig, Anspr. S. 145 ff.; ders., Lehrb. Bd. 1 S. 47, Klagerecht S. 17; Oertmann, Komm. Vorb. 3c vor §§ 241 ff.; Stein, Grundfr. S. 6; Voraussj. des Rechtssch. S. 29 ff.; Komm. Vorb. 2 vor § 704; Hein S. 94; Langheineken S. 119; Lindemann S. 15; Eltzbacher S. 81 ff.; Sohm, GrünhZ. Bd. 4 S. 162; v. Liszt-Fleischmann, Völkerrecht S. 10 ff.; Ennecerus Bd. 1, 2 S. 7.

[18]) Metaphys. Anfangsgr. der Rechtslehre Einl. § 8, 2 a. E.

[19]) Ihering a. a. O. S. 320, 321, 322, 335.

[20]) Bekker, Recht muß Recht bleiben, in der Festschr. f. Großh. Friedrich von Baden 1896 S. 43. Gegen die Betonung der beiden Momente Normen und Zwang im Recht bei Ihering und Bekker wendet sich Binder a. a. O.

Staat, der ein Recht anerkennt, sich mit dieser Anerkennung nicht begnügen darf. Denn es kann nicht in das Belieben des Verpflichteten gestellt werden, ob der Berechtigte das erhält, was ihm der Staat auf Grund des anerkannten Rechts zuspricht. „Irgendeine Gewähr dafür, daß das prinzipiell von der Rechtsordnung Gewollte sich auch verwirkliche, muß gegeben sein, weil eine bloß ideales Dasein führende Norm, die unfähig ist, die Wirklichkeit zu beherrschen“ [21]), praktisch sehr wenig Wert hat. Allein aus der Anerkennung der Notwendigkeit eines Zwangsrechtes zur Durchführung des Rechts folgt nicht, daß dieses Zwangsrecht zum Wesen des Rechts gehört. Es ist Sache des Staates, das Recht, das er in seinem Gebiete anerkannt wissen will, durch seine Macht zu schützen. Seine Aufgabe ist es, dafür zu sorgen, daß das Recht sich gegenüber dem Unrecht durchzusetzen vermag. Aber das Zwangsrecht als eine Eigenschaft jeden Rechts aufzufassen, dafür besteht keine Veranlassung [22]).

Daß durch das Leugnen der Erzwingbarkeit als einer Eigenschaft des Rechtes, dessen Unterschied von der Moral und der Sitte verwischt werde, wie Jhering [23]) behauptet, kann nicht zugegeben werden. Es würde hier zu weit führen, näher auf die Begriffe Recht, Sitte und Moral einzugehen [24]). Nur der nach herrschender Ansicht grundsätzliche Unterschied dieser Begriffe sei hervorgehoben: die Normen des Rechts bestimmen das Wollen in unbedingter Weise, indem sie „nicht bloß einen Rat geben, sondern gestatten, heischen oder verwehren in autoritiver Form“, während „die Sitte in der Idee nur anheimstellt; wer sich ihr fügt, entbehrt dabei der mit der Rechtsbefolgung verknüpften opinio necessitatis“ [25]). Von der Moral unterscheidet sich das Recht dadurch, daß die Moral das innere Verhalten des Menschen bestimmen will, so daß das äußere Verhalten des Menschen nur für die Sittlichkeit als Betätigung der Gesinnung in Betracht kommt, während das Recht gerade das äußere Verhalten normieren will [26]). Die Erzwingbarkeit ist also nicht das Merkmal, das das Recht von der Sitte und der Moral unterscheidet.

---

[21]) Jellinek, System S. 350.

[22]) Ähnlich Jellinek a. a. O.: „Die gegnerische Lehre verwechselt Zwang und Garantie.“

[23]) a. a. O. S. 321. Vgl. auch Binder a. a. O. S. 805 ff., der auch in dem Zwang den grundlegenden Unterschied des Rechts von der Moral und der Sitte sieht.

[24]) vgl. darüber Binder S. 801 ff.; Gierke, Dtsch. Privatr. S. 113 ff.

[25]) Gierke S. 113.

[26]) Gierke S. 114/15.

Gegen die sog. Zwangstheorie spricht auch das Bestehen des Völkerrechts und eines großen Teiles des Verfassungsrechts[27]). Die Erzwingbarkeit des Völkerrechts ist mangels einer dem Staat übergeordneten Machtorganisation höchst mangelhaft; und kein Zwang erreicht das oberste Organ der Staatsgewalt, wenn sie das Verfassungsrecht mißachtet. Dem Völkerrecht und dem Verfassungsrecht aber, soweit es unerzwingbar ist, den Charakter eines wirklichen Rechts abzusprechen[28]), widerspricht nicht nur dem in allen Ländern geltenden Sprachgebrauch, sondern auch dem Wesen dieser Normen. Sie haben denselben Anspruch auf unweigerliche Beachtung wie jede andere Rechtsnorm. Ihre Mißachtung ist nicht unmoralische Handlung, sondern Rechtsverletzung. Wir haben hier also Rechte ohne Erzwingbarkeit. Dies gibt auch Jhering zu, der aber dennoch an seiner Lehre von der Erzwingbarkeit als Wesensmerkmal des Rechtes festhält. Er glaubt den Widerspruch damit lösen zu können, daß er lehrt, Völkerrecht und Verfassungsrecht sei zwar wahres Recht, allein die Organisation des Zwanges könne nicht Schritt halten mit der Entwicklung des Rechts. Aber auch diese Konstruktion räumt ein, daß das Völkerrecht und ein Teil des Staatsrechts ein Recht ohne Zwang ist.

Auch das geltende Privatrecht kennt kraft gesetzlicher Bestimmung Rechte ohne die Möglichkeit der Erzwingung. So wird man einem Teil der sog. natürlichen Verbindlichkeiten den Rechtscharakter nicht absprechen können[29]), und ebenso erzeugt nach der durchaus herrschenden Lehre das Verlöbnis wirkliche Rechte. Eine Erzwingbarkeit fehlt aber in beiden Fällen[30]) [31]).

Geib[32]) begründet seine Ansicht, daß die Erzwingbarkeit dem materiellen Anspruch immanent sei, mit dem Hinweis auf das Verhältnis von Schuld

---

[27]) Gierke a. a. O. S. 114; Jellinek, System S. 349: „Die Theorie, die Rechtsnormen und Zwangsnormen identifiziert, führt konsequent zur Leugnung nicht nur des Völkerrechts, sondern auch des Verfassungs- und des weitaus größten Teils des Verwaltungsrechts. Denn wie immer man die Garantien der letzteren auffaßt, unter die Kategorie des Zwanges können sie nicht gebracht werden, weil ein Selbstzwang ein Unding ist."

[28]) So Binder S. 250 ff., der Verfassungsrecht und Völkerrecht hauptsächlich als politische Einrichtungen wertet. Das Völkerrecht befindet sich nach seiner Ansicht noch im Zustand der primitiven Urnorm und enthält zum guten Teil Vorschriften der guten Sitten.

[29]) vgl. Oertmann, Komm. Vorb. 5 vor § 194.

[30]) Gegen dieses Argument Binder a. a. O. S. 251 ff.

[31]) Daß unsere nationale Anschauung ursprünglich in der Erzwingbarkeit kein Begriffsmerkmal des Rechts sah, beweist Gierke (S. 114 Anm. 7) aus dem Lehnsrecht, Dienstrecht und Hofrecht, das dem Herrn gegenüber schon als Recht galt, als es noch kein Zwangsmittel zur Durchsetzung ihrer Normen gab.

[32]) Rechtsschutzbegehren S. 29, 151 ff., 159 ff.

und Haftung im geltenden Recht und setzt dabei die Begriffe Erzwingbarkeit und Haftung einander gleich. Wenn man auch mit Oertmann[33]) Vollstreckungsrecht und Haftung in gewisse logische Abhängigkeit voneinander bringen muß, so kann man doch keinesfalls so weit gehen, Erzwingbarkeit und Haftung für identische Begriffe zu erklären[34]).

Somit kann der Ausgangspunkt der hier bekämpften Lehre, die in der Zwangsvollstreckung die Betätigung des Gläubigeranspruchs sieht, als richtig nicht anerkannt werden. Dem Gläubigeranspruch ist die Erzwingbarkeit nicht immanent. Hat aber der Gläubiger kein Zwangsrecht, so kann die Vollstreckung nur Ausübung eines Staatsrechts sein. Kraft seiner hoheitlichen Stellung hat der Staat ein Vollstreckungsrecht.

Diese Auffassung hat durch die von Wach begründete Theorie vom Rechtsschutzanspruch besondere Förderung erfahren. Der Anspruch des Einzelnen ist nur vollwertig, wenn die Möglichkeit einer zwangsweisen Befriedigung besteht. Dem Einzelnen ist aber das Recht der Selbsthilfe grundsätzlich genommen. Dafür hat er einen Anspruch gegen den Staat auf die Vornahme der Zwangsvollstreckung, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet. Dieser Anspruch ist öffentlichrechtlicher Natur und stellt sich als eine Unterart des sog. Rechtsschutzanspruches dar[35]). Die Tätigkeit der Staatsorgane hat rein öffentlichrechtlichen Charakter und ist von dem Privatrecht unabhängig.

Die Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts von dem materiellen Gläubigeranspruch beweist auch die Tatsache, daß häufig eine Vollstreckung ohne das Bestehen eines materiellen Anspruchs betrieben wird. Als unbedingte und entscheidende Voraussetzung der Zwangsvollstreckung gilt im heutigen Recht der vollstreckbare Titel (§§ 704, 799 ZPO.). Ohne einen Titel kann eine Zwangsvollstreckung nicht eingeleitet werden. Andrerseits genügt aber auch das Vorliegen des Titels zur Einleitung der Zwangsvollstreckung.

Die Lehre, die neben dem Titel das Vorhandensein eines privatrechtlichen Anspruchs zur Vornahme der Zwangsvollstreckung fordert[36]),

---

[33]) JheringsJ. Bd. 66 S. 166 ff.

[34]) vgl. v. Tuhr Bd. 1 § 4 VI; Siber, Rechtszwang S. 1 ff.; JheringsJ. Bd. 50 S. 55 ff.; wie Geib Isay, JheringsJ. Bd. 48 S. 187 ff.; Bekker, JheringsJ. Bd. 49 S. 51 ff.; Dümchen, JheringsJ. Bd. 54 S. 355 ff.

[35]) So fast die allgemeine Lehre: vgl. Seuffert Vorb. 1 vor § 704; Stein, Grundfragen Vorb. 2 vor § 704; Wach, Vorträge S. 300; ZZP. Bd. 32 S. 21 ff.; Langheineken S. 163 ff.; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 148, Bd. 2 S. 108; Klagerecht S. 16 ff.; Müller S. 11 ff.; Hein S. 50 ff.; Goldschmidt S. 18 ff.; Oertmann, Komm. Vorb. 3c vor § 204; dagegen neuerdings auch Binder, Philos. des Rechts S. 659 ff.; v. Welck bei Gruchot Bd. 36 S. 505.

[36]) So Langheineken S. 163 ff.; Gmelin, Vollstreckbarkeit S. 36; Goldschmidt S. 42, 44, 69; v. Tuhr Bd. 1 S. 176 ff.; Wach, Vortr. S. 300 ff.; Schmidt S. 1013 Anm. 1.

sei es, daß man beides als gleichwertige Voraussetzungen ansieht oder den Anspruch als eigentlichen Grund der Vollstreckung, den Titel als notwendige Bedingung bezeichnet[37]), oder dem Titel die Bedeutung einer authentischen Feststellung des Anspruchs beilegt[38]) und den letzteren gar nötigenfalls durch den Titel entstehen läßt[39]), kann als richtig nicht anerkannt werden.

Gegen die Ansicht, daß der Titel eine authentische Feststellung des Anspruchs bedeute, spricht zunächst, daß selbst die zweifelloseste mit Rechtskraft ausgestattete Feststellung des materiellen Anspruchs keinen Vollstreckungstitel bildet. Das Feststellungsurteil müßte ebenso vollstreckbar sein wie das Leistungsurteil; denn beide Arten der Urteile sind als Deklaration des Anspruchs vollkommen gleichwertig. Das Feststellungsurteil aber bildet niemals einen vollstreckbaren Titel[40]). Einige Titel, so das vorläufig vollstreckbare Urteil, der Arrestbefehl, besonders aber diejenigen, die in einer bloßen Parteivereinbarung oder Parteierklärung bestehen, besitzen andrerseits überhaupt keine feststellende Kraft. So kann bei einem Vergleich im Prozeß oder im Sühneverfahren, bei einer vollstreckbaren Urkunde von einer authentischen Feststellung oder gar Begründung des Anspruches nicht die Rede sein. Sie können wie jedes andere bürgerliche Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar sein, die Vollstreckungskraft aber bleibt trotzdem bestehen[41]).

Auch bei dem vollstreckbaren Urteil ist es sehr wohl möglich und praktisch durchaus nicht selten, daß der Titel mit dem materillen Anspruch nicht übereinstimmt. Denn das Urteil, das für vollstreckbar erklärt wird, gibt nur Beweis für das Bestehen des materiellen Anspruchs zur Zeit der Fällung. Von diesem Zeitpunkte bis zur Vollstreckung kann der Anspruch schon durch Erfüllung, Erlaß oder dergleichen erloschen sein. Beantragt der Gläubiger in solchem Falle auf Grund des vollstreckbaren Titels, den er noch in Händen hat, die Vollstreckung, so wird diese durchgeführt ohne Rücksicht auf das Nichtbestehen des Anspruchs. Weder zu Beginn der Vollstreckung noch während des Verfahrens wird das Vorliegen des Anspruches geprüft. Für die Vollstreckungsorgane ist ein ordnungsmäßiger Titel zur Vornahme der Vollstreckung erforderlich und genügend[42]). Wäre der materielle Anspruch Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, so müßte beim Fehlen eines solchen der Beweis dieser Tatsache zur Abwendung der Zwangsvollstreckung genügen. Aber

---

[37]) Langheineken a. a. O.

[38]) So v. Tuhr a. a. O.; Hirsch S. 114 ff.

[39]) Schultz, Vollstreckungsbeschwerde S. 105 ff.

[40]) Stein § 256, 5 und die Anm. 145 zit. Lit.

[41]) vgl. Stein, Grundfragen S. 11; Oertmann-Hellwig S. 191; Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 107 S. 211; Weigelin S. 2 ff.

[42]) vgl. Stein, Grundfragen S. 16 Vorb. II, 2 vor § 704.

die einzige Möglichkeit, die dem Schuldner zu Gebote steht, die Zwangsvollstreckung abzuwenden, ist die Erhebung der sog. Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Dieser Umstand ist Beweis für die Unabhängigkeit von Anspruch und Vollstreckungsrecht[43]).

Mit Recht berufen sich Müller und Oertmann[44]) zum Beweise der Unabhängkeit von Privatanspruch und Vollstreckungsrecht auf den § 790 ZPO. Nach dieser Vorschrift kann der nach materiellem Recht beschränkt haftende Erbe des Schuldners gegenüber der Vollstreckung die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist. Obwohl also für den materiellen Anspruch eine beschränkte Haftung besteht, ist der Vollstreckung das ganze Vermögen des Schuldners unterworfen, wenn sich der Schuldner nicht im Urteil die Beschränkbarkeit der Haftung vorbehalten hat. Materielles Recht und Zwangsvollstreckungsrecht haben hier also einen ganz verschiedenen Inhalt.

Die Gegner der hier vertretenen Meinung glauben ihre Hauptstütze in den Vorschriften des § 775 Ziff. 4 u. 5 ZPO. zu finden[45]). Diese Vorschriften bestimmen, daß die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken ist, wenn eine öffentliche oder eine vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlaß des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat. Dieselbe Wirkung hat das Vorlegen eines Postscheines, aus dem sich ergibt, daß nach Erlassung des Urteils die zur Befriedigung des Gläubiges erforderliche Summe zur Auszahlung des letzteren bei der Post eingezahlt ist. In der Tat scheinen diese Vorschriften für die Gegner zu sprechen. Allein es ist das Verdienst Oertmanns[46]), nachgewiesen zu haben, daß diese Bestimmungen nicht für die Lehre der Gegner verwendet werden können, sondern sogar gegen sie sprechen. Oertmann führt etwa folgendes aus: Nur der im § 775 Ziff. 4 genau bestimmte Umstand, daß eine öffentliche Urkunde oder eine vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde, aus der sich die Befriedigung oder Stundung ergibt, vorgelegt wird, führt zur Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung. Eine sonst etwa vorhandene, selbst liquide — etwa durch Zugeständnis des Gläubigers — Befriedigung des Gläubigers genügt also nicht. Andererseits wertet § 775 Ziff. 5 als Einstellungsgrund einen Tatbestand, der privatrechtlich als solcher wirkungslos ist. Denn durch Einzahluug des geschuldeten Betrages an die Post zwecks

---

[43]) vgl. bes. Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 107 S. 211; Oertmann-Hellwig S. 191.

[44]) Müller, Pfändungspfandrecht S. 2; Oertmann-Hellwig S. 191.

[45]) So Wach, Vorträge S. 300; Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb S. 26; Schmidt, Lehrb. S. 1012/13.

[46]) Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 107 S. 207 ff.

Übersendung an den Gläubiger ist die Schuld noch nicht getilgt. Eine Tilgung tritt erst ein mit der Übergabe des Geldes an den Gläubiger. Somit ergibt sich, daß die Rechtsfolgen im Sinne des § 775 nicht von der Tatsache der materiellen Befriedigung abhängen, sondern von gewissen, an sich neutralen urkundlichen Vorgängen, die allerdings das Nichtbestehen des Anspruchs vermuten lassen. Hängt somit die Befriedigung des Gläubigers mit der anzuordnenden Einstellung der Vollstreckungsmaßnahmen nicht mit logischer Notwendigkeit zusammen, so ist dafür das, was sich nach § 775 als Folge ergeben soll, auch keineswegs ein völliger Wegfall des gesamten Vollstreckungsrechts. Die Vollstreckung tritt nicht außer Kraft, sie „ist" vielmehr einzustellen oder zu beschränken. Wenn der Gerichtsvollzieher dem Gebote des § 775 nachkommt, so bezieht sich die Aufhebung doch immer nur auf einzelne Vollstreckungsmaßnahmen, nicht dagegen auf die Vollstreckbarkeit im Sinne des Vollstreckungsrechts oder -anspruchs. Dieser wird nur in seiner Ausübung, nicht in seiner Existenz durch den § 775 betroffen. Praktisch ist es sehr wohl möglich, daß der verbleibende Vollstreckungsanspruch alsbald seine Wirkung wieder gewinnt, nämlich sobald das der Ausübung entgegenstehende Hindernis hinweggeräumt ist.

An diese Beweisführung Oertmanns knüpft, wenn auch scheinbar unbewußt, Stein[47]) an. Er folgert aus der im § 776 ZPO. getroffenen Bestimmung, nach der in den Fällen des § 775 Nr. 4 u. 5 die Vollstreckungsmaßnahmen „einstweilen" bestehen bleiben, daß die Einstellung des Verfahrens nur eine einstweilige sei. Das „Einstweilen" im § 776 könne nur bedeuten: „bis entweder der Gläubiger erklärt, von der Vollstreckung zurückzutreten, oder bis von den dazu berufenen Instanzen und Organen eine endgültige Entscheidung getroffen ist, sei es über die Einstellung oder die Aufhebung der Vollstreckung oder über ihre Unzulässigkeit". Keineswegs werde durch die in § 775 Nr. 4 u. 5 bezeichneten Umstände auch der Vollstreckungsanspruch zum Erlöschen gebracht.

Man beruft sich zum Beweise der Meinung, daß die Zwangsvollstreckung ein Recht des Gläubigers sei, auch darauf, daß dem Gläubiger im geltenden Recht ein maßgeblicher Einfluß auf den Gang der Zwangsvollstreckung gewährt ist[48]). Die Zwangsvollstreckung kann nur beginnen, wenn der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher einen dahingehenden Auftrag erteilt (§ 753). Der Gläubiger hat weiterhin regelmäßig auch die Vermögensgegenstände zu bezeichnen, auf die sich die Zwangsvollstreckung erstrecken soll (§§ 829, 857, 866). Dem Gläubiger ist ferner in einigen

---

[47]) Stein, Grundfragen S. 16 ff.

[48]) Dümchen in JheringsJ. Bd. 54 S. 396; A. S. Schultze S. 68; Bunsen S. 9.

Einzelbestimmungen ein gewisser Einfluß auf die Durchführung der Zwangsvollstreckung eingeräumt. So kann er sich nach § 816 über den Zeitpunkt der Versteigerung mit dem Schuldner einigen, nach § 825 ist ihm ein Antragsrecht gewährt, die Verwertung der gepfändeten Sache auf andere Weise oder an anderem Orte als im Gesetz vorgesehen, vorzunehmen, und § 835 gibt ihm das Wahlrecht zwischen der Überweisung der gepfändeten Forderung zur Einziehung und an Zahlungsstatt. Schließlich kann der Gläubiger die Vollstreckung durch den Verzicht auf die ihm durch die begonnene Zwangsvollstreckung entstandenen Rechte beenden (§ 843).

Daß dem Gläubiger im geltenden Recht ein großer Einfluß auf Beginn, Durchführung und Beendigung der Zwangsvollstreckung gewährt ist, kann mithin nicht bestritten werden. Allein daraus folgt nicht, daß der Gläubiger das Subjekt der Zwangsvollstreckung sei. Der Einfluß des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung erklärt sich vielmehr daraus, daß die Zwangsvollstreckung doch letzten Endes im Interesse des Gläubigers stattfindet. Dem Staat ist daran gelegen, dem Gläubiger ein Mittel an die Hand zu geben, das im Wege des Zwanges zu erreichen, was ihm auf Grund seines Forderungsrechtes zusteht. Der Staat ist bei der Zwangsvollstreckung nur insoweit interessiert, als er unrechtmäßige Zustände zu beheben, die öffentliche Rechtsordnung aufrechtzuerhalten hat[49]). Im übrigen ist aber durchaus das Interesse des Gläubigers der eigentlich entscheidende Faktor für die Vornahme der Zwangsvollstreckung. Deshalb „muß lediglich der Wille des Gläubigers darüber entscheiden, ob im konkreten Fall überhaupt eine Zwangsvollstreckung stattzufinden habe oder nicht, ob die begonnene fortgesetzt oder abgebrochen oder gar rückgängig gemacht werden, ob diese oder jene gesetzlich gestattete Zwangsmaßregel angewendet, ob dieses oder jenes Objekt derselben unterworfen werden solle“ [50]). Insofern wird man allerdings mit v. Schrutka-Rechtenstamm (a. a. O.) sagen können, daß der ganze staatliche Zwangsapparat, soweit es sich um die Aufrechterhaltung der Privatrechtsordnung handelt, „im Dienste“ des Privatberechtigten steht. Aber es liegt keine Veranlassung vor, dieses Verhältnis dahin aufzufassen, daß nunmehr der Gläubiger das Subjekt der Zwangsvollstreckung ist, daß die Zwangsgewalt in Ausübung seines Rechts besteht. Wenn auch die Zwangsgewalt im Interesse des Gläubigers tätig wird, so beweist das nicht, daß sie sich als Recht des Gläubigers darstellt [51]).

---

[49]) vgl. Fischer, Diss. S. 20.

[50]) v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 13 S. 571; Fischer, Diss. S. 19/20.

[51]) vgl. Fischer a. a. O.; Riedinger S. 13 ff.; and. A. Schultze S. 64 ff.

Wegen des dem Gläubiger gewährten Einwirkungsrechts auf die Zwangsvollstreckung dem Gläubiger die Stellung des Subjekts der Zwangsvollstreckung zu geben, widerspricht ferner der Tatsache, daß auch der Grundbuchrichter, der Zwangsvollstreckungsrichter und vor allem der erkennende Richter im Zivilprozeß in einer gewissen Abhängigkeit vom Gläubiger steht. Auch der Zivilprozeß beginnt nur auf Wunsch der Partei, und seine Fortsetzung hängt im weiten Umfange vom Parteiwillen ab[52]). Niemand wird aber die Tätigkeit des Zivilrichters als eine Ausübung des Gläubigerrechts bezeichnen wollen. Hier wie da ist der Einfluß der Partei deshalb gewährt, weil es sich immer um Parteiinteressen handelt, die den eigentlichen Grund für das staatliche Tätigwerden bilden[53]). Mit Recht erkennt denn auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen an[54]), daß der Einfluß des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung keine Besonderheit der den Gerichtsvollziehern übertragenen Zwangsvollstreckung ist, sondern sich aus dem unseren Zivilprozeß beherrschenden Grundsatz des Parteibetriebes erklärt.

Es muß also daran festgehalten werden, daß die Zwangsvollstreckung nicht einem Recht des Gläubigers entspringt, sondern ein Recht des Staates ist. Für diese Ansicht spricht vor allem auch der strafrechtliche Schutz, der den einzelnen Vollstreckungshandlungen zuteil wird. In § 113 StGB. wird der Widerstand gegen einen zur Vollstreckung von Gesetzen, Urteilen der Gerichte usw. berufenen Beamten mit Strafe bedroht. Diese Strafvorschrift findet sich in einem Abschnitt über „Widerstand gegen die Staatsgewalt". Damit ist schwerlich zu vereinen, daß die Zwangsvollstreckung Ausübung eines Gläubigerrechts sei[55]). Der § 137 StGB. behandelt die Straftat des sog. Arrestbruchs. Auch hier soll, wie noch weiter unten zu zeigen sein wird, die staatliche Herrschaftsgewalt geschützt werden, nicht etwa ein Privatrecht.

Eine besondere Auffassung von dem Wesen der Zwangsvollstreckung hat G. Jellinek[56]) entwickelt: „Der Gläubiger wird Subjekt der Zwangsvollstreckung dadurch, daß der Staat ihm das seiner Machtfülle entstammende Recht überträgt. Ihrer Substanz nach heute dem Staate zustehend, wird die Zwangsvollstreckung zu einem Anspruch des einzelnen, aber nicht zu einem privatrechtlichen. Sie bewahrt vielmehr ihren Charakter

---

[52]) vgl. Riedinger S. 28.

[53]) vgl. Thiem S. 11.

[54]) RG. Bd. 10 S. 235, Bd. 82 S. 91; so auch v. Welck, Gruchot Bd. 36 S. 506.

[55]) vgl. Frank § 113, 1: „Der Wille, dessen Verwirklichung durch § 113 geschützt ist, muß ein staatlicher sein."

[56]) Jellinek, System S. 239, 251; so auch v. Welck bei Gruchot Bd. 36 S. 506.

als Ausfluß des Imperiums. Der einzelne ist somit gleichsam Beamter geworden."

Die oben gegen die Ansicht, daß der Gläubiger Subjekt der Zwangsvollstreckung sei, vorgebrachten Gründe gelten gleichermaßen auch gegen die Lehre Jellineks. Im übrigen kann sich Jellinek zur Begründung seiner Lehre auf keine Vorschrift des positiven Rechts berufen, und eine solche künstliche Konstruktion ist durchaus nicht nötig, um das Wesen der Zwangsvollstreckung zu verstehen. Der einzige Grund, weshalb sich Jellinek nicht der Lehre von der staatlichen Vollstreckungsgewalt anschließen zu können glaubt, liegt darin, daß „nach ihr das Verhältnis von Gläubiger und Gerichtsvollzieher seiner privatrechtlichen Seite nach unverständlich ist". Demgegenüber muß betont werden, daß nach der heute auch in der Praxis zur Herrschaft gelangten Ansicht zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher überhaupt kein Privatrechtsverhältnis entsteht, und daß sich die Haftungsfrage, auf die immer besonders Wert gelegt wird, sehr wohl nach öffentlichem Recht lösen läßt[57]). Die Lehre Jellineks würde zudem, wie Oertmann[58]) mit Recht betont, zu einer befremdlichen Staffelung führen. Der Staat überläßt dem Gläubiger die Ausführung des an sich staatlichen Vollstreckungsrechts, verlangt aber andrerseits, daß nur seine Beamten mit der Vornahme der Vollstreckung betraut werden. Das Gläubigerrecht wird also zwischen das staatliche Vollstreckungsrecht und die Tätigkeit des Organs geschoben, scheinbar nur, um ein Privatrechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher zu konstruieren. Da aber dieses Privatrechtsverhältnis sehr wohl entbehrt werden kann, so ist die ganze Konstruktion, die Jellinek vorschlägt, durchaus überflüssig.

Im übrigen ist es nicht zu billigen, daß Jellinek, um eine privatrechtliche Haftung des Gerichtsvollziehers zu beweisen, zunächst theoretisch ein Privatrechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher schafft. Man kann Jellinek den Vorwurf nicht ersparen, daß er in seiner Lehre das als vorhanden vorausgesetzt hat, was zu beweisen er sich zur Aufgabe gestellt hatte. Denn der einzige Grund, den Jellinek gegen die öffentlichrechtliche Auffassung der Zwangsvollstreckung anführt, ist, wie gesagt, daß bei ihrer Richtigkeit eine privatrechtliche Haftung des Gerichtsvollziehers nicht abzuleiten wäre, und um diese Haftung, die natürlich nur bei Vorliegen eines Privatrechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher in Frage kommen kann, zu begründen, konstruiert eben Jellinek ein solches Privatrechtsverhältnis.

---

[57]) J. RG. Bd. 82 S. 91; Oertmann-Hellwig S. 151 ff.; Stein, Grundfragen S. 110 ff. und die Diss. von Riedinger und Thiem.

[58]) Oertmann-Hellwig S. 142.

II. Abschnitt: Die privatrechtliche Auffassung der Zwangsversteigerung.

§ 2: I. Die Vertragstheorien, ihre Gründe und Gegengründe.

Haben wir im vorigen Kapitel erkannt, daß die Zwangsvollstreckung eine Tätigkeit des Staates zur Herbeiführung privatrechtlicher Erfolge ist, die nur nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden kann, so ist damit die Annahme zum mindesten nahegelegt, daß auch die Zwangsversteigerung, als ein Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens, öffentlichrechtlichen Charakter habe. Aber unbedingt notwendig ist diese Folgerung nicht. Wenn auch die Zwangsvollstreckung im allgemeinen publizistische Natur hat, so ist es dennoch möglich, einen Teil derselben als einen privatrechtlichen Akt aufzufassen. So halten denn auch viele Vertreter der öffentlichrechtlichen Natur der Zwangsvollstreckung die Zwangsversteigerung für einen privatrechtlichen Vorgang.

Die privatrechtliche Auffassung sieht in der Zwangsversteigerung einen gewöhnlichen Kaufvertrag mit nachfolgender Erfüllung. Das Ausgebot ist nach ihr die Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots, das Gebot dieses Angebot und der Zuschlag die Annahme des Angebots, der Vertragsschluß [1]). An diesen obligatorischen Vertrag schließt sich dann nach der privatrechtlichen Theorie das dingliche Erfüllungsgeschäft an: die Übereignung der zugeschlagenen Sache durch Einigung und Übergabe an den Ersteher und die Zahlung des „Kaufpreises" (§ 817 Abs. 3) an den Gerichtsvollzieher.

Der nächstliegende Grund für die privatrechtliche Lehre bildet die wirtschaftliche Ähnlichkeit der Zwangsversteigerung mit dem Kaufvertrage. Die bei der Versteigerung entstehenden Pflichten sind dieselben wie bei dem Kaufvertrage [2]). Der Kauf ist Umsatz von Waren gegen Entgelt [3]). Auf der einen Seite wird die Verpflichtung begründet, eine Sache zu

---

[1]) Früher stritt man über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der im Text angegebenen Auffassung stand die Meinung gegenüber, daß das Ausgebot bereits eine Offerte darstelle, die durch das Meistgebot angenommen werde. Dieser Streit ist durch die Schaffung des § 156 BGB., auf den auch § 817 ZPO. verweist, beendet.

[2]) Oertmann-Hellwig S. 323; Stein, Grundfragen S. 65; G. Schulz S. 30; Th. Wolff S. 266.

Eigentum zu übertragen, auf der anderen diejenige zur Zahlung des Preises. Ebenso ist der Gerichtsvollzieher, der dem Meistbietenden die Sache zugeschlagen hat, verpflichtet, diese zu übereignen, und der Ersteher muß den gebotenen Betrag zahlen.

Allein aus der wirtschaftlichen Natur der Zwangsversteigerung darf nicht auf ihre rechtliche Natur geschlossen werden [4]). Auch bei der Enteignung werden kaufähnliche Verpflichtungen begründet. Der Enteigner hat die Entschädigungssumme zu zahlen, und der Enteignete ist zur Übertragung seines in der sog. Planfeststellung näher bezeichneten Eigentums verpflichtet (§§ 24 ff. des preuß. EnteignG. von 1874). Und doch stellt nach heute allgemein anerkannter Auffassung die Enteignung keinen Kaufvertrag dar, sondern ist ein öffentlichrechtlicher Akt [5]). Was die Enteignung und die Zwangsvollstreckung mit dem privatrechtlichen Kaufvertrage gemein haben, ist lediglich die wechselseitige Berechtigung und Verpflichtung der beiden Parteien. Zwar gehört diese Gegenseitigkeit zum Wesen des Vertrages. Aber man darf nicht umgekehrt aus dem Vorliegen dieser Gegenseitigkeit das Vorhandensein eines Vertrages folgern [6]).

Zur Begründung der Vertragstheorie beruft man sich ferner auf den Wortlaut der §§ 456, 512 BGB., die von einem „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung" sprechen [7]). Aber auch dieser Grund ist nicht überzeugend. Man muß vielmehr mit Fischer-Schäfer (S. 319) annehmen, daß das Gesetz den Ausdruck „Verkauf" in den genannten Bestimmungen in einem umfassenderen Sinne als in demjenigen eines privaten Kaufvertrages gebraucht. So betonen denn auch die Motive zum Entwurf eines Zwangsversteigerungsgesetzes [8]), daß durch den § 485 des Entwurfs zum BGB. (übereinstimmend mit § 512 BGB.), welcher das Vorkaufsrecht im Falle der Zwangsversteigerung ausschließt, der Entscheidung über die Konstruktionsfrage der Zwangsversteigerung nicht vorgegriffen werde. Überhaupt darf man bei der Frage, ob eine Tätigkeit des Staates dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört, keinen entscheidenden Wert auf den Wortlaut des Gesetzes legen. Denn es besteht dann immer die große Gefahr, daß man aus dem Gesetz mehr herausliest, als der Gesetzgeber bestimmen wollte. Mit Recht sagt O. Mayer [9]) bei der Behandlung dieser Frage: „Dabei kommt es auf den Namen nicht viel an, den man der Sache zu geben beliebt: hier ist alles noch voll von polizeistaatlichen Rückständigkeiten. Die wissenschaftliche

---

[3]) Definition von Oertmann Vorb 1 vor § 433.
[4]) So G. Schulz, Th. Wolff a. a. O.
[5]) s. Lit. bei O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 23/24.
[6]) So auch Zapfe S. 44; Horn S. 16.
[7]) So G. Schulz S. 44; Th. Wolff S. 266; Blach S. 334.
[8]) S. 119 Anm. 2.
[9]) VerwR. Bd. 1 S. 116.

Betrachtung gibt einen selbständigen Maßstab." So ist es denn auch keine seltene Erscheinung, daß die rechtliche Natur eines Vorganges mit dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch steht, sei es, weil der Gesetzgeber bei der Wahl des Ausdrucks nicht die genügende Sorgfalt beobachtet hat, sei es, weil die Weiterentwicklung der Wissenschaft eine von der Meinung des Gesetzgebers abweichende Auffassung zur Herrschaft gebracht hat. Als Beispiel sei hier nur angeführt, daß das Gesetz überall, wo von dem Verhältnisse des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger die Rede ist, von einem „Auftrage" spricht. Trotzdem nimmt die heute durchaus herrschende und zweifellos richtige Meinung an, daß zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger kein privatrechtliches Auftragsverhältnis zur Entstehung gelangt [10]).

Im übrigen ist zu beachten, daß die gesetzlichen Vorschriften, die von einem „Verkaufe im Wege der Zwangsvollstreckung" sprechen, nicht einmal in der Prozeßordnung stehen, sondern im BGB. Wie könnte aber das BGB. eine Entscheidung über die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung treffen? Die Zwangsversteigerung ist ein prozessuales Gebilde und als solches im Prozeßgesetz geregelt. Aus diesem Prozeßgesetz ist deshalb auch ihre rechtliche Natur zu entlehnen. Wenn die ZPO. nicht ausdrücklich die Verkaufsnatur festlegt und die besseren Gründe dagegen sprechen, so kann der Wortlaut einer Bestimmung des BGB. nicht die Ablehnung der Verkaufsnatur hindern.

Die Hauptstütze der Vertragstheorien bildet wohl die in § 817 Abs. 3 angeordnete Anwendung des § 156 BGB. Diese Vorschrift lautet: „Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Das Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne die Erteilung des Zuschlags geschlossen ist." In der Tat scheint diese Bestimmung sich mit der publizistischen Auffassung der Zwangsversteigerung nicht in Einklang bringen zu lassen, und selbst Stein [11]), der eifrigste Vertreter der öffentlichrechtlichen Theorie, sieht sich durch diese Bestimmung genötigt, einen obligatorischen Vertrag zwischen Staat und Ersteher anzunehmen, der nach ihm öffentlichrechtliche Natur hat [12]).

Aber auch hier muß das oben Gesagte gelten, daß die Bezeichnung, die des Gesetz einem rechtlichen Vorgange gibt, nicht immer mit dem Wesen das Vorganges übereinzustimmen braucht. Wenn alle Einzelheiten des Zwangsversteigerungsverfahrens sich natürlicher, unmittelbarer, widerspruchsloser vom Standpunkt des öffentlichen Rechts aus erklären lassen,

---

10) s. Lit. bei Riedinger S. 6ff.

11) Grundfragen S. 68, Komm. §§ 814 Ziff. 1, 817 Ziff. 2.

12) Die Widerlegung der Ansicht Steins s. unten S. 55.

so sind wir berechtigt, das öffentliche Recht anzuwenden trotz des entgegenstehenden Wortlautes des Gesetzes[13]). „Wie der Taufname, mit dem die Kontrahenten einen Vertrag ausrüsten, nicht über dessen juristischen Gehalt entscheidet, so vermag auch eine äußere Form oder Bezeichnung einem hoheitlichen Akt nicht die Bedeutung eines Privatvertrages zu geben[14])." Außer auf das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger, das, wie bereits oben erwähnt, dem Wortlaut der ZPO. zuwider, öffentlich aufgefaßt wird, sei hier noch darauf hingewiesen, daß die Wissenschaft sich nicht gescheut hat, die Grundstückszusammenlegung, obwohl von verschiedenen Gesetzen ausdrücklich als Tausch bezeichnet, diesen Benennungen zum Trotz als etwas vom Tausch durchaus Verschiedenes zu konstruieren[15]). Und ebenso wird der Enteignung öffentlichrechtliche Natur zugesprochen, obwohl sie nach dem Wortlaut mancher Gesetze als Zwangskauf aufgefaßt werden müßte[16]).

Die Anhänger der Vertragstheorie bei der Immobiliarzwangsversteigerung berufen sich vielfach auf die im § 72 ZVG. gegebene Bestimmung, daß der Bieter bis zur Zulassung eines Übergebots an sein Gebot gebunden sei[17]). Diese Gebundenheit entspreche der des § 145 BGB. Dem Gebot sei also die rechtliche Natur einer Vertragsofferte beigelegt worden. Bestände diese Argumentation zu Recht, so müßte sie gleichfalls für das Gebiet der Mobiliarzwangsversteigerung gelten. Denn auch hier ist nach § 156 Satz 2 BGB., der nach § 817 Abs. 3 ZPO. auf die prozessuale Versteigerung anzuwenden ist, der Bieter bis zur Abgabe eines Übergebots oder bis zum Abschluß der Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags an sein Gebot gebunden. Allein es ist keine nur dem Privatrecht angehörende Erscheinung, daß jemand an seine Willenserklärung gebunden ist. Auch im Prozeßrecht gibt es vielfach eine solche Bindung. Man denke nur an die beschränkte Möglichkeit des Widerrufs des Geständnisses (§ 219) und an die grundsätzliche Gebundenheit an die Annahme und Zurückschiebung des Eides (§§ 457/58)[18]).

Die Anhänger einer privatrechtlichen Auffassung der Zwangsversteigerung stützen sich endlich, soweit sie einen Verkauf des Gläubigers annehmen, darauf, daß durch die Pfändung ein Pfandrecht des Gläubigers entsteht. Die Versteigerung ist nach ihrer Meinung die Verwirklichung

---

[13]) vgl. O. Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 117; Kormann, System S. 35/36.

[14]) Kormann a. a. O. Anm. 38.

[15]) Näheres bei Dietz, Über die rechtliche Natur der Grundstückszusammenlegung S. 12.

[16]) Kormann S. 36.

[17]) So Blach S. 355; Wolff § 91 Anm. 1; G. Schulz S. 43; Rothenberg S. 274/75.

[18]) vgl. Oertmann, Grundriß S. 142; Zapfe S. 46.

dieses Pfandrechts, also ein Pfandverkauf. Wir werden an späterer Stelle sehen, daß auch diese Argumentation verfehlt ist, da die Zwangsversteigerung nicht Ausfluß des Pfändungspfandrechts, sondern des öffentlich-rechtlichen Aktes der Pfändung ist.

Zeigt sich somit, daß die zweifellos vorhandene große Ähnlichkeit der Mobiliarzwangsversteigerung mit dem privatrechtlichen Kaufvertrage nicht unbedingt zur Annahme einer Vertragsnatur zwingt, so sprechen andrerseits schwerwiegende Gründe gegen die Vertragsnatur. Den Ähnlichkeiten der Zwangsversteigerung mit dem Kaufvertrage stehen so viele Verschiedenheiten gegenüber, daß man schon aus diesem Grunde geneigt ist, die Vertragsnatur zu leugnen.

Zunächst kommt bei der Zwangsversteigerung der unser heutiges Recht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht zur Geltung. Weder in bezug auf die Form, noch auf den Inhalt hat derjenige, der als Verkäufer gelten soll, die Freiheit des Entschlusses, die im Privatrecht jedem Vertragsschließenden zugebilligt wird. Dem Gläubiger, der nach Ansicht der meisten Anhänger der Vertragstheorie die Rolle des Verkäufers hat, ist zwar ein gewisser Einfluß auf den Lauf des Verfahrens eingeräumt (s. oben S. 11 ff.). Aber bei der Versteigerung selbst ist ihm jeder Einfluß versagt. Ebensowenig findet der Wille des Schuldners, der bisweilen als der Verkäufer angesehen wird, bei der Zwangsversteigerung Berücksichtigung. Er muß sich mit dem Vorgehen des Gläubigers und des Gerichtsvollziehers zufrieden geben. In den weitaus meisten Fällen wird die Zwangsversteigerung gerade gegen seinen Willen vorgenommen. Auch der Gerichtsvollzieher — mag man ihn als Vertreter des Gläubigers oder des Schuldners oder für den Staat handelnd ansehen — kann bei der Vornahme der Versteigerung nicht nach seinem freien Belieben verfahren. Er ist an das Gesetz und die Dienstinstruktionen gebunden. Er kann nicht zwischen den Bietenden wählen, welchem von ihnen er den Zuschlag erteilen will, sondern muß dem Meistbietenden die Sache zuschlagen [19]). Auch den Inhalt des „Vertrages" kann er nicht frei bestimmen. So muß er z. B. die Erfordernisse des Mindestgebots achten [20]) [21]).

Mit der Lehre, daß der Gerichtsvollzieher bei der Vornahme der Versteigerung eine privatrechtliche Tätigkeit an Stelle des Gläubigers oder Schuldners ausübe, steht ferner der Umstand in Widerspruch, daß den Verfahrensbeteiligten ein besonderes Beschwerderecht gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren gegeben ist (§ 766 ZPO.). Nirgends im Privatrecht findet sich hierzu eine Parallele. Ein Vertretener

[19]) vgl. Stein, Grundfragen S. 68; RG. in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 56.
[20]) § 820 ZPO.; § 3 des Ges. v. 8. Okt. 1914 (RGBl. S. 427).
[21]) vgl. Zapfe S. 23/24.

ist niemals auf einen bestimmten Rechtsweg angewiesen, um gegen Handlungen seines Vertreters vorzugehen [22]).

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen (§ 816 Abs. 4 in Vb. m. § 1239 Abs. 1 BGB.) sind auch Gläubiger und Schuldner zum Mitbieten berechtigt, und ihnen kann der Zuschlag erteilt werden. Hier würde also nach der privatrechtlichen Theorie, die den Gläubiger als den Verkäufer ansieht, dieser einen Kaufvertrag mit sich selbst schließen, und der Schuldner würde in diesem Falle eine eigene Sache kaufen, und zwar wenn man ihm die Rolle des Verkäufers gibt, durch einen Vertrag mit sich selbst. Niemand aber kann mit sich selbst einen Vertrag schließen, und niemand kann eine ihm gehörige Sache kaufen. Die Privatrechtstheorie versucht diese Konstruktionsschwierigkeiten auf die verschiedenste Weise zu lösen, kommt aber dabei immer zu dem befremdlichen Ergebnis, daß der Zuschlag an den Gläubiger oder an den Schuldner anders aufzufassen sei als der Zuschlag an einen Dritten. (Näheres über das Mitbietungsrecht des Gläubigers und des Schuldners weiter unten.)

Ein weiterer Unterschied des privatrechtlichen Vertrages von der Zwangsversteigerung liegt darin, daß die schriftliche Einreichung von Geboten unzulässig ist, während Privatwillenserklärungen, die auf den Abschluß eines Vertrages gerichtet sind, auch dann wirksam sind, wenn sie in der schriftlichen Form abgegeben sind [23]).

Die bei dem Kaufvertrage anerkannte Rechts- und Sachmängelhaftung ist durch § 806 für das Gebiet der Zwangsversteigerung ausgeschlossen. Wenn sich auch diese Tatsache vom Standpunkt der Privattheorie aus rechtfertigen läßt [24]), die ungezwungenste Erklärung ist doch, den Ausschluß der genannten Haftung darauf zurückzuführen, daß die Versteigerung eben gar keinen Kaufvertrag darstellt [25]). Damit erledigt sich auch die Streitfrage, ob die Gewährleistung wenigstens dann stattfindet, wenn es sich nicht um einen Mangel der Sache, sondern um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften handelt [26]). Auch diese Haftung ist bei Leugnung einer Verkaufsnatur der Versteigerung selbstverständlich ausgeschlossen.

Auch der § 512 BGB., auf dessen Wortlaut sich, wie gesagt, die Anhänger der Vertragstheorie berufen, spricht eher gegen sie: „Der Verkauf ist ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt." Diese Bestimmung erklärt sich am besten mit der

---

[22]) vgl. Zapfe S. 25.

[23]) vgl. für die Immobiliarzwangsversteigerung Jäckel-Güthe § 71 Anm. 2; Zapfe S. 26.

[24]) vgl. Rothenberg S. 267.

[25]) Oertmann-Hellwig S. 322; Kohler, GrünhutsZ. Bd. 33 S. 571.

[26]) vgl. Danz, JJP. Bd. 42 S. 507 ff.

Annahme, daß der „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung" eben in seinem Wesen von dem eigentlichen Verkaufe verschieden ist [27]).

Die angeführten Einzelbestimmungen bieten somit der privatrechtlichen Konstruktion der Zwangsversteigerung erhebliche Schwierigkeiten. Die Anhänger der Privatrechtstheorien glauben allerdings, sich darüber leicht hinwegsetzen zu können, indem sie sagen, die Erklärung dieser Tatsachen sei in der Eigenart des Verfahrens zu suchen [28]). Allein das ist keine Begründung, die die vorhandenen Schwierigkeiten beseitigt. Es bleibt die Tatsache, daß die Zwangsversteigerung, obwohl gewisse Ähnlichkeiten mit dem Kaufvertrage nicht zu leugnen sind, sich doch in vielen Punkten von diesem unterscheidet. Die genannten Einzelbestimmungen lassen sich hingegen, wie später zu zeigen sein wird, von der publizistischen Theorie ungezwungen erklären.

Ergeben sich nach dem Vorhergehenden schon ganz allgemein große Bedenken gegen eine Vertragsnatur der Versteigerung, so stellen sich der Vertragstheorie noch besondere Schwierigkeiten bei der Behandlung der Frage entgegen, wer als Verkäufer zu gelten habe. Es haben sich hier nicht weniger als drei verschiedene Meinungen gebildet: Die meisten geben dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger die Rolle des Verkäufers, andere entscheiden sich für die Annahme eines Verkaufs des Schuldners, und eine dritte Lehre endlich hält den Staat für den Verkäufer. Schon diese Gegensätze in den Anschauungen der Anhänger einer Vertragstheorie deuten darauf hin, daß keine der genannten Meinungen voll befriedigt. In der Tat kann keine der Personen, die man als Verkäufer ansieht, diese Stellung haben.

Die herrschende Lehre stützt ihre Ansicht, daß der Gläubiger bei der Versteigerung als Verkäufer auftrete [29]), in der Hauptsache darauf, daß der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Sachen erlangt. Die Versteigerung ist, so sagt man, die Verwirklichung dieses Pfandrechts, also ein Pfandverkauf im Sinne des BGB. Dieser Meinung muß von den verschiedenen Vertragstheorien zweifellos die meiste Berechtigung zuerkannt werden, und auch der Gesetzgeber scheint von dieser Auffassung geleitet worden zu sein. Allein auch sie hält einer eingehenden Prüfung nicht stand. Der Gläubiger selbst ist bei der Vornahme der Versteigerung nicht persönlich handelnd beteiligt, sondern der Gerichtsvollzieher nimmt die Vollstreckungshandlungen vor. Dieser müßte

---

[27]) Dertmann-Hellwig S. 322; Kohler, ZZP. Bd. 33 S. 571.

[28]) vgl. Rothenberg S. 268; Eckstein, ZZP. Bd. 40 S. 60.

[29]) Seuffert § 814 Ziff. 2; Struckmann-Koch Ziff. 1 vor § 814; Pagenstecher, Rechtskraft S. 371; bei Gruchot Bd. 50 S. 286; Förster-Eccius Bd. 2 S. 121; Mandry-Geib S. 398; Falkmann §§ 718, 719; v. Damm, ZZP. Bd. 42 S. 516.

also Vertreter oder Ausübungswerkzeug des Gläubigers sein. Daß er aber diese Stellung nicht haben kann, wird im folgenden Kapitel dargelegt werden. Die Versteigerung ist überhaupt nicht Ausfluß des Pfändungspfandrechts, sie beruht vielmehr auf einer durch die Pfändung begründeten staatlichen Verstrickung der gepfändeten Sachen. Auch diese Behauptung sei weiter unten näher behandelt.

Eine weniger verbreitete Vertragstheorie räumt dem Schuldner die Stellung des Verkäufers ein [30]). Diese Lehre argumentiert etwa folgendermaßen: Durch die Pfändung verliert der Schuldner die Verfügungsgewalt über die gepfändete Sache. Die dem Schuldner genommene Verfügungsbefugnis ist dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der im gesetzlich geordneten Wege zu bewirkenden Befriedigung des Gläubigers übertragen. Seine Rechtshandlungen, wie der Abschluß des Verkaufs, die Ablieferung der verkauften Sache an den Käufer, die Entgegennahme des von diesem bezahlten Kaufpreises, haben die Wirkung, welche sie als Rechtshandlungen des Schuldners selbst gehabt haben würden. Indem er verkauft, übt er folglich die Verfügungsgewalt des Schuldners aus.

Daß das römische Recht den Pfandgläubiger zur Vornahme des Zwangsverkaufs autorisiert habe, erklärt Riehl mit dem Fehlen der direkten Stellvertretung im römischen Recht. In Wahrheit habe früher der Gläubiger, der den Zwangsverkauf vornahm, ebenso als Vertreter des Schuldners gehandelt wie heute der Gerichtsvollzieher [31]).

Die Begründung der Lehre von einem Verkauf des Schuldners ist äußerst mangelhaft. Daß der Schuldner durch die Pfändung das Verfügungsrecht über die gepfändeten Sachen verliert, und daß die Handlungen des Gerichtsvollziehers vielfach die Wirkungen haben, als habe der Schuldner sie vorgenommen, kann nicht bestritten werden. Es ist aber keineswegs schlüssig, aus dieser Tatsache zu folgern, daß die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers in Ausübung eines Rechtes des Schuldners und in dessen Vertretung erfolge. Daraus, daß früher der Schuldner ein Recht hatte, das nunmehr dem Gerichtsvollzieher zusteht, kann nicht geschlossen werden, daß der Gerichtsvollzieher dieses Recht von dem Schuldner ableite. Wenn der Staat die Macht hat, dem Schuldner das Verfügungsrecht zu nehmen, weshalb sollte er dann nicht auch die Macht haben, kraft eigenen Rechts weiterzuverfügen? Das Gesetz sagt mit keinem Wort, daß der Gerichtsvollzieher sein Verfügungsrecht von dem Schuldner ableite. Nicht, um das Verfügungsrecht des Schuldners auf einen anderen

---

[30]) So Riehl S. 33 ff., 37 ff., 52 u. 54; Planck S. 742; Gaupp 2. Aufl. § 766 I; Weismann Bd. 2 S. 136; Lindemann S. 27 ff.; für die Immobiliarzwangsversteigerung Wolff § 90 Anm. 1; Rothenberg S. 267; Blach S. 336; G. Schulz S. 26.

[31]) Riehl S. 37 ff.

zu „übertragen", schreitet der Staat zur Pfändung, sondern um kraft seiner hoheitlichen Stellung die Verfügungen zu treffen, die erforderlich sind zur Herbeiführung einer Befriedigung des Gläubigers. Wie die gesamte Zwangsvollstreckung, ist die Versteigerung Ausfluß des staatlichen Zwangsrechtes. Der Gerichtsvollzieher handelt also nicht in Vertretung des Schuldners, kraft dessen Rechts, sondern kraft eigenen Rechts des Staates. Daß seine Handlungen gewisse Wirkungen für den Schuldner haben (vgl. auch §§ 822, 823 ZPO., auf die Planck a. a. O. verweist), beweist noch nicht, daß es sich dabei um Handlungen handelt, die in Vertretung des Schuldners vorgenommen werden. Der mit der Zwangsgewalt ausgestattete Staat greift vielmehr kraft eigenen Rechts in die Rechte des Schuldners ein [32]).

Die dritte der oben genannten Vertragstheorien, die einen Verkauf des Staates annimmt [33]), steht der öffentlichrechtlichen Theorie schon sehr nahe und wird deshalb besser mit dieser selbst behandelt.

§ 3: II. Die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers.

Die Vornahme der Mobiliarzwangsversteigerung liegt in den Händen des Gerichtsvollziehers. Weder Gläubiger noch Schuldner treten persönlich handelnd auf. Wenn die Vertragstheorie dennoch eine dieser beiden Personen als den Verkäufer ansieht, so kann sie das, weil sie dem Gerichtsvollzieher die Stellung eines privatrechtlichen Vertreters gibt.

Hinsichtlich der Art der Vertretung des Gerichtsvollziehers bestehen Meinungsverschiedenheiten. Die meisten sprechen von einer auf Bevollmächtigung beruhenden Vertretung [34]), andere nehmen eine gesetzliche Vertretung an [35]).

Mit der oben gemachten Feststellung, daß die Zwangsvollstreckung Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts ist, ist der Hauptgrund gegen die Vertreterlehre, jedenfalls soweit sie sich auf das ganze Gebiet der Zwangsvollstreckung bezieht, gegeben. Wenn die Zwangsvollstreckung nicht Betätigung eines privaten Rechts ist, so kann der Gerichtsvollzieher sie nicht als Vertreter einer Privatperson vornehmen. Die Ausübung eines Staatshoheitsrechts kann niemals Handlung eines Privaten sein. Es ist eben das Wesen eines solchen Rechts, daß nur der Staat als besonders geartetes Rechtssubjekt es ausüben darf. Eine Privatperson kann nicht

---

[32]) So auch Stein, Grundfragen S. 63 ff.; Rosenberg S. 12.

[33]) Stein, Grundfragen S. 63 ff.; Keil, ZZP. Bd. 45 S. 155.

[34]) So v. Damm, ZZP. Bd. 42 S. 516; Bonnekamp S. 35; Rottmann S. 43; Seuffert § 814 Ziff. 2; Smoira S. 78.

[35]) Riehl S. 36/37; Planck, Lehrb. S. 605; Rosenberg S. 249 ff. und S. 518 ff.; weitere Lit. bei Rosenberg S. 249 Anm. 1.

pfänden, sie ist nicht berechtigt, fremde Sachen wegzunehmen und sie zu versteigern; ja sie macht sich außer in den vom Gesetz anerkannten Fällen der Selbsthilfe strafbar, wenn sie zwangsweise in die Rechte eines anderen eingreift. Nun widerspricht es zwar nicht dem Wesen einer Vertretung, daß ein Vertreter durch sein Handeln Fähigkeiten ersetzt, die dem Vertretenen fehlen — so z. B. der Vormund bei Vertretung des Mündels, der Anwalt bei Vertretung der Partei —, aber niemals kann ein Vertreter Rechte ausüben, die dem Vertretenen nicht zustehen und dem Vertretenen Rechte verschaffen, die ihm nicht gebühren[36]).

Im einzelnen ist gegen die Vertreterlehre noch folgendes zu sagen: Wäre der Gerichtsvollzieher als Vertreter einer Privatperson tätig, so müßte er auch alle Handlungen im Namen dieser Person vornehmen. Der Vertreter muß das Geschäft, das den Vertretenen berechtigen und verpflichten soll, in dessen Namen abschließen, d. h. er muß ausdrücklich erklären oder es müssen die Umstände ergeben, daß das Geschäft für und wider den Vertretenen wirken soll (§ 164 Abs. 1 BGB.). Der Gerichtsvollzieher handelt aber nur im eigenen Namen[37]). Er pfändet nicht etwa im Namen des Gläubigers, und ebenso ist er bei der Versteigerung nicht im Namen des Gläubigers oder des Schuldners tätig, sondern bei allem, was er in Ausübung des staatlichen Zwanges tut, handelt er als staatliches Organ im eigenen Namen.

Dem Gerichtsvollzieher fehlt überhaupt der Wille, für eine Privatperson zu handeln. Er verbindet mit seinen einzelnen Handlungen keinen anderen Willen als den, das zu tun, wozu er kraft seines Amtes verpflichtet ist[38]). Eine Vertretung ist aber nicht anders denkbar, als daß der Vertreter mit dem Willen auftritt, für den Vertretenen zu handeln. Fehlt solcher Wille, so liegt keine Vertretung vor, und der Handelnde wird selbst berechtigt und verpflichtet[39]).

Ein Vertreter muß ferner immer im Interesse des Vertretenen handeln[40]). Der Gerichtsvollzieher aber vertritt die Interessen des Gläubigers wie auch die des Schuldners; er wird nicht im alleinigen Interesse

---

[36]) vgl. Stein, Grundfragen S. 110; Oertmann-Hellwig S. 148; Thiem S. 43/44; Riedinger S. 37; v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 13 S. 583; Geib S. 80—82; Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 108; Horn S. 63; Fischer, Diss. S. 21.

[37]) vgl. Förster-Eccius Bd. 2 S. 319 Anm. 17; Zapfe S. 12; Horn S. 24.

[38]) vgl. RG. bei Seuffert Bd. 41 S. 425; RG. bei Gruchot Bd. 31 S. 1162; OLG. Hamburg bei Seuffert Bd. 37 Nr. 358; Horn S. 24; and. A. Falkmann S. 288.

[39]) vgl. Enneccerus, Allgem. Teil S. 449.

[40]) vgl. Staudinger Anm. III b zu § 164; Zapfe S. 13; Horn S. 25.

dessen tätig, als dessen Vertreter er gelten soll. Die ganze Zwangsvollstreckung hat naturgemäß ihren maßgeblichen Grund darin, den Gläubiger in seinen Interessen zu schützen. Gleichzeitig werden aber auch, soweit mit dem Zweck des Verfahrens vereinbar, die Interessen des Schuldners berücksichtigt. So dienen die Pfändungsbeschränkungen in den §§ 811, 812 und ebenfalls die Bestimmung des § 820, daß Gold- und Silberwaren nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden dürfen, nur dem Schutze des Schuldners. Unter diesen Umständen von einer einseitigen Vertretung des Gläubigers oder des Schuldners zu sprechen, widerspricht somit den tatsächlichen Verhältnissen [41]).

v. Welck [42]) beruft sich zur Begründung der Stellvertretungslehre auf „die Prozeßsysteme, welche bei der Abfassung der ZPO. notorisch zum Vorbild dienten". Sie alle ständen auf dem Standpunkt der Stellvertretungstheorie, der in der Sprache ihrer Gesetze und deren Motive, in ihrer Wissenschaft und ihrer Praxis mehr oder weniger scharf und unwidersprochen, doch überall siegend zur Geltung komme. Ob die Vorbilder der ZPO. wirklich so entschieden die Stellvertretungslehre betonen, kann hier nicht untersucht werden. Jedenfalls ist dies keineswegs so unbestritten. Aber selbst wenn es der Fall wäre, so ist daraus noch nichts für die Stellung des Gerichtsvollziehers in unserem geltenden Recht zu entnehmen. Nur das hat Anspruch auf rechtliche Anerkennung, was im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen ist oder doch der allgemeinen gesetzlichen Regelung am besten gerecht wird. Die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers ist aber nirgends im Gesetz festgelegt, und daß die Regelung seiner Tätigkeit besser erklärt wird, wenn man dem Gerichtsvollzieher keine Vertreterstellung einräumt, ist bereits gesagt und wird noch näher belegt werden. Unter diesen Umständen kann früheren Gesetzen, die der ZPO. zum Vorbilde gedient haben mögen und dem Gerichtsvollzieher die Stellung eines Vertreters geben, keine entscheidende Bedeutung für das geltende Recht beigemessen werden.

Daß der Gerichtsvollzieher nicht Vertreter einer Privatperson ist, kommt auch im § 102 ZPO. zum Ausdruck. Dort heißt es: „Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte, sowie Gerichtsvollzieher . . ." Wäre der Gerichtsvollzieher gesetzlicher oder bevollmächtigter Vertreter, so wäre es unverständlich, weshalb er noch besonders genannt wird [43]).

Die meisten Anhänger einer Vertretungslehre sehen in dem Gläubiger

---

41) vgl. Dertmann-Hellwig S. 416; Horn S. 25; Zapfe S. 13.

42) v. Welck bei Gruchot Bd. 36 S. 519.

43) vgl. Schönfeld S. 9, der zur Widerlegung der Vertreterlehre noch auf § 132 BGB. verweist, wo der Gerichtsvollzieher als Willensvermittler, nicht als Willensvertreter bezeichnet wird.

den Vertretenen[44]). In der Tat haben sie weit bessere Gründe für sich, als die Lehre von der Schuldnervertretung. Aber auch ihnen muß jedenfalls insoweit widersprochen werden, als sie die Vornahme der Zwangsversteigerung als Vertreterhandlung des Gerichtsvollziehers konstruieren.

Der Hauptgrund, den man für die Vertretung des Gläubigers anführt, ist der, daß kraft gesetzlicher Bestimmung gewisse Handlungen des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger wirken. So wird im § 754 ZPO. bestimmt, daß der Gerichtsvollzieher berechtigt ist, Zahlungen und sonstige Leistungen des Schuldners in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren (vgl. auch § 757) und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern. Der § 756 ZPO. verpflichtet den Gerichtsvollzieher bei der Vornahme der Zwangsvollstreckung, die von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt, die dem Schuldner gebührende Leistung diesem vor Beginn der Vollstreckung anzubieten.

Insofern als die Vertreterlehre in diesen Fällen eine Vertretung annimmt, muß ihr zugestimmt werden[45]) [46]). Denn die bezeichneten Handlungen wurden nicht deshalb dem Gerichtsvollzieher zugewiesen, weil sie als Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes vom Gläubiger selbst nicht vorgenommen werden könnten, sondern reine Zweckmäßigkeitsgründe, besonders das dringende Schutzbedürfnis des Schuldners, führten zu dieser Regelung. Der Gerichtsvollzieher wird nicht in Ausübung des staatlichen Zwangsrechts tätig, er nimmt vielmehr privatrechtliche Handlungen vor, zu denen ihn das Gesetz nur deshalb berechtigt, weil der Gläubiger selbst nicht anwesend ist[47]).

Gegen die Annahme einer Vertretung bei Erteilung einer Quittung durch den Gerichtsvollzieher nach Empfang der Leistung des Schuldners

---

[44]) Falkmann S. 287ff.; Dunkhase, ArchZivPrax. Bd. 77 S. 100ff.; Rottmann S. 43ff.; Seuffert § 753 Ziff. 1; Schmidt, Lehrb. S. 796ff.; Rosenberg, Stellv. S. 249; Bonnekamp S. 34ff.; weitere Lit. bei Rosenberg a. a. O. Anm. 1.

[45]) Stein, Grundfragen S. 113; Komm. § 753 I, § 754 II; Oertmann-Hellwig S. 150; Seuffert § 754, 3; v. Schrutka-Rechtenstamm bei Grünh. Bd. 13 S. 584, Bd. 16 S. 686; Riehl, ZZP. Bd. 17 S. 36; v. Welck bei Gruchot Bd. 36 S. 512; RG. Bd. 10 S. 233.

[46]) Meistens nimmt man eine auf Bevollmächtigung beruhende Vertretung an (so Stein, Grundfragen S. 114; Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 114; Keil, ZZP. Bd. 45 S. 152; Rottmann S. 43). Richtiger aber ist die Annahme einer gesetzlichen Vertretung, da die Vertretungsbefugnis einen vom Gesetz genau begrenzten Umfang hat, den der Gläubiger nicht erweitern oder einschränken kann (vgl. § 755). So Oertmann-Hellwig S. 150; Rosenberg S. 542.

[47]) vgl. Stein, Grundfragen S. 114; Thiem S. 44.

läßt sich nicht § 757 Abs. 2 ZPO. anführen[48]), der dem Schulder das Recht zuspricht, nachträglich eine Quittung des Gläubigers selbst zu fordern. Man sagt, bei einer Vertretung sei diese Vorschrift nicht gerechtfertigt, da ja dann die Quitung des Gerichtsvollziehers als solche des Gläubigers zu gelten habe und ein weiterer Anspruch nach § 388 BGB. nicht gegeben sei. v. Schrutka-Rechtenstamm[49]) will die Bestimmung des § 757 Abs. 2 damit erklären, daß er sagt, sie sei offenbar im Interesse des Schuldners gegeben, für den es vielleicht peinlich sei, sich zeitlebens auf die Vollstreckungsurkunde zu berufen. Überzeugender ist die Erklärung, die Bonnekamp der genannten Vorschrift gibt[50]): „Der Nachdruck ist auf das Wort ‚nachträglich' zu legen. Die vom Gerichtsvollzieher ausgestellte Quittung beweist nur die Leistung in solcher Höhe, wie sie vom Schuldner tatsächlich an den Gläubiger zur Zeit der Vollstreckung gemacht worden ist; von Bedeutung kann dies werden für später auflaufende Zinsen der Forderung und andere Nebenleistungen; der Schuldner kann in solchen Fällen später eine besondere Quittung, die sich auf dei ganze Leistung bezieht, fordern[51])."

Muß man somit in den Fällen der §§ 754, 756 ZPO. eine Vertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher annehmen, so folgt daraus noch nichts für die Stellung des Gerichtsvollziehers bei Vornahme anderer Zwangsvollstreckungshandlungen. Ob der Gerichtsvollzieher auch sonst in Vertretung des Gläubigers tätig werden kann, beurteilt sich im Einzelfalle danach, ob die einzelne Handlung des Gerichtsvollziehers privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Charakter hat. Die Vertretungsmacht kann sich immer nur auf privatrechtliche Handlungen beziehen, die der Gläubiger auch selbst vornehmen könnte. Alle Handlungen des Gerichtsvollziehers, die ihre Berechtigung in dem staatlichen Zwangsrechte finden und die der Gerichtsvollzieher nur vornehmen kann, weil er Staatsbeamter ist, können nicht Vertreterhandlungen sein, mögen sie auch Wirkungen für und gegen den Gläubiger haben[52]). Dies muß besonders von den mit der Verwertung verbundenen Handlungen der Wegnahme des sich beim Schuldner befindlichen Geldes und der Empfangnahme des Erlöses nach stattgehabter Versteigerung gelten, auf die sich die Vertreterlehre so gern beruft[53]). Nach § 815 Abs. 3 und § 819 ZPO. haben diese Handlungen die Wirkung einer Zahlung von Seiten

---

[48]) So z. B. Geib S. 83 Anm. 1; Thiem S. 41.
[49]) GrünhutsZ. Bd. 13 S. 585.
[50]) Bonnekamp S. 37.
[51]) Ähnlich auch Schwenke § 6.
[52]) vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhutsZ. Bd. 13 S. 582; Stein, Grundfragen S. 110; Oertmann-Hellwig S. 148 ff.
[53]) Rottmann S. 44/45; v. Welck a. a. O. S. 512; Riehl S. 36; Bonnekamp S. 36.

des Schuldners, d. h. der Schuldner wird in Höhe des vom Gerichtsvollzieher weggenommenen oder empfangenen Betrages befreit. Man scheint bei der Annahme einer Vertretung in diesen Fällen davon auszugehen, daß die Rechtswirkungen, die durch Handlungen einer Person für eine andere entstehen, nicht anders erklärbar seien als durch die Konstruktion einer Vertretung[54]); aber man beachtet dabei nicht, daß nicht jede Befugnis zum Eingriff in fremde Rechte von einem anderen abgeleitet zu sein braucht, sondern daß es auch eigene Rechte zu solchem Eingriff gibt. So ist von einer Vertretung keine Rede bei den Verwaltungsrechten des Ehemanns an dem eingebrachten Gut (§§ 1374, 1525 BGB.) und dem Gesamtgut (§§ 1443, 1519 BGB.)[55]).

Die Empfangnahme des Versteigerungserlöses und die Geldpfändung sind Handlungen, die nur dem Staat als Ausübung des staatlichen Zwangsrechts zustehen; die ihnen vom Gesetz beigelegte Wirkung für den Gläubiger ist eine Fiktion, die im Interesse des Schuldners aufgestellt ist. Der Schuldner, dessen Geld der Gerichtsvollzieher wegnimmt oder aus dessen Sachen der Erlös in die Hände des Gerichtsvollziehers gelangt, soll als befreit gelten, der Gläubiger soll vom Augenblicke der Leistung oder der Pfändung die Gefahr tragen, und dies scheint rechtspolitisch durchaus gerechtfertigt. Nur um dieses bestimmten Zweckes willen sind die genannten Vorschriften gegeben[56]). Daß die in den §§ 815 Abs. 3 und 819 bezeichneten Handlungen nicht Vertreterhandlungen sind, kommt auch in der Gesetzessprache zum Ausdruck. Sie „sind" nicht etwa Zahlung des Schuldners, was sie bei Annahme einer Vertretung sein müßten, sondern sie „gelten" nur als solche[57]).

Ebenso wie aus den zuletzt behandelten Vorschriften der ZPO. hat man aus § 804 Abs. 1 ZPO. eine Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers gefolgert[58]). Nach dieser Vorschrift erlangt der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. Aber auch hier kann aus denselben Gründen wie bei der Wegnahme von Geld und der Empfangnahme des Erlöses keine Gläubigervertretung vorliegen[59]).

---

[54]) vgl. Riehl a. a. O.; RG. Bd. 16 S. 396 ff.

[55]) vgl. Enneccerus, Allgem. Teil § 168, 1; Stein, Grundfragen S. 63; Rosenberg S. 12; Horn S. 23; Riedinger S. 20—22.

[56]) vgl. Oertmann-Hellwig S. 150 ff.; Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 28; Stein, Grundfragen S. 113; Thiem S. 44; Riedinger S. 20; v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 13 S. 582, Bd. 16 S. 686; Geib S. 82.

[57]) Voß, ArchZivPrax. Bd. 66 S. 184 ff.; Hellmann, SeuffBl. 1888 Nr. 18.

[58]) So Bonnekamp S. 36; v. Welck a. a. O. S. 513; Rottmann S. 44.

[59]) vgl. Riedinger S. 21; v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 13 S. 583, Bd. 16 S. 688; Thiem S. 41; Voß bei Gruchot Bd. 43 S. 243 ff.; ArchZivPrax. Bd. 66 S. 180; Förster-Eccius Bd. 3 S. 23.

Mit Recht sagt Riedinger (a. a. O.), der § 804 beweise ebensowenig die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers wie der Satz, daß dingliche Rechte an Grundstücken durch Eintragung entstehen, beweise, daß der Grundbuchrichter dem neuen Berechtigten als dessen Vertreter das Recht erwerbe. Ein grundlegender Unterschied bestehe nicht zwischen den Fällen, wo der Richter durch Eintragung ein dingliches Recht schafft und denjenigen, wo der Gerichtsvollzieher ein Pfandrecht entstehen läßt. Und v. Schrutka-Rechtenstamm führt gegen die Vertreterlehre bei dem Erwerb des Pfändungspfandrechts treffend aus, daß man in konsequenter Durchführung dieser Konstruktion auch annehmen müsse, daß der Vermieter das nach § 559 BGB. für ihn entstehende gesetzliche Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters durch diesen als seinen Stellvertreter erwerbe; das führe zu dem absurden Ergebnis, daß überall da, wo auf Grund einer Handlung das B für den A ein Recht erwächst, A dieses Recht durch B als seinen Stellvertreter erlangt habe.

Die Lehre von der Gläubigervertretung bei der Zwangsversteigerung findet, wie die Vertragstheorie überhaupt, ihre Hauptstütze in dem Umstand, daß durch die Pfändung ein Pfandrecht für den Gläubiger entstehe, das nach ihr die Grundlage für die Versteigerung bildet. Aber die Versteigerung hat ihren Ursprung nicht in dem privaten Gläubigerpfandrecht, sondern die Grundlage ist öffentlichrechtlicher Natur, wie weiter unten zu zeigen sein wird. Deshalb ist auch hier der Gerichtsvollzieher nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern lediglich kraft seines Amtes in Ausübung eines Staatsrechts tätig.

Zur Begründung der Vertreterlehre hat man sich auf die Analogie zwischen Anwalt und Gerichtsvollzieher berufen[60]). Allein die Tätigkeit des Anwalts, der die Partei im Prozesse vertritt, ist nicht mit der des Gerichtsvollziehers zu vergleichen. Die Handlungen des Anwalts sind nicht, wie die meisten des Gerichtsvollziehers, Betätigung eines Staatsrechts, sondern es sind solche, die der Gläubiger auch selbst vornehmen könnte. Daß vielfach die Parteien verpflichtet sind, sich durch Anwälte vertreten zu lassen, ändert daran nichts und entspricht nur dem Zwecke einer geordneten Prozeßführung durch rechtskundige Personen. Zur Durchführung der Zwangsvollstreckung dagegen muß der Gläubiger die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers in Anspruch nehmen, weil er selbst keine unmittelbare Zwangsbefugnis gegen den Schuldner hat[61]). Auch in dem Wortlaut des Gesetzes kommt die verschiedene Stellung des Anwalts und des Gerichtsvollziehers zum Ausdruck. Der Anwalt wird in § 78 ZPO. mit den Worten eingeführt: „Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen . . . Rechtsanwalt

---

[60]) So Schwenke S. 39.
[61]) vgl. Riedinger S. 16, 38.

als Bevollmächtigten vertreten lassen." Ganz anders beim Gerichtsvollzieher. Der § 753 ZPO. lautet: „Die Zwangsvollstreckung erfolgt . . . durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben[62])."

Gegen die Annahme einer Gläubigervertretung durch den Gerichtsvollzieher macht v. Schrutka-Rechtenstamm[63]) ferner den berechtigten Einwand, daß der Gerichtsvollzieher in gewissen Fällen ermächtigt wird, namens des Schuldners Erklärungen abzugeben, so nach den §§ 822, 823 ZPO. Diese Regelung beweist, daß der Gerichtsvollzieher nicht alleiniger und allgemeiner Vertreter des Gläubigers sein kann.

Räumt man dem Gerichtsvollzieher die Stellung eines Vertreters des Gläubigers ein, so muß man folgerecht auch dem die Zwangsvollstreckung in bestimmten Fällen ausführenden Richter dieselbe Stellung geben. Diese Konsequenz ziehen aber die wenigsten. Die durchaus herrschende Lehre faßt die Tätigkeit des Vollstreckungsrichters publizistisch[64]) auf. Und doch besteht kein grundlegender Unterschied zwischen der Stellung des Richters und des Gerichtsvollziehers. Die Überweisung eines Teils der Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher geschah nur aus Zweckmäßigkeitsgründen[65]). Das sprechen die Motive deutlich aus, wenn sie bei der Besprechung der Einführung des Gerichtsvollziehers sagen[66]), die Zeit sei gekommen, um den Richter von Geschäften zu befreien, deren Erledigung wegen ihrer formellen mechanischen Natur wissenschaftliche Befähigung, insbesondere juristische Ausbildung nicht erfordere und deshalb sehr wohl untergeordneten Beamten überlassen werden dürfe. Leugnet man also beim Richter die Stellung des Gläubigervertreters, so muß man sie auch beim Gerichtsvollzieher verneinen[67]).

Auch die besonderen für die Lehre einer Schuldnervertretung[68]) angeführten Gründe verdienen keine Anerkennung. Wie bei der Auffassung, die in der Zwangsversteigerung einen Verkauf des Schuldners sieht, stützt man sich hauptsächlich darauf, daß durch die Pfändung dem Schuldner die Verfügungsbefugnis genommen ist und nunmehr nur der Gerichtsvollzieher zur Verfügung über die gepfändete Sache berechtigt ist[69]). Dieses Recht

---

[62]) Auch die Mot. (bei Hahn S. 440) sprechen von einer Analogie der Befugnisse des Gerichtsvollziehers mit denen des Prozeßbevollmächtigten. Aber die Ansicht der Motive ist nicht entscheidend.

[63]) Bei Grünhut Bd. 16 S. 687. Gegen ihn v. Welck S. 517, jedoch nicht überzeugend.

[64]) vgl. Smoira S. 80; Lindemann S. 17, 27.

[65]) Oertmann-Hellwig S. 142.

[66]) Bei Hahn S. 137.

[67]) vgl. über die unberechtigte verschiedene Behandlung des Richters und des Gerichtsvollziehers Horn S. 12 ff.

[68]) Riehl, ZZP. Bd. 17 S. 35; Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 741; Rothenberg S. 267; G. Schulz S. 26.

[69]) Planck, Riehl, Rothenberg a. a. O.

des Gerichtsvollziehers, so glaubt man, ist von dem Schuldner abgeleitet, der es verloren hat. Zur Widerlegung dieser Argumentation sei auf die Ausführungen oben S. 22 ff. verwiesen.

Auch daraus, daß einige gesetzliche Bestimmungen gewissen Handlungen des Gerichtsvollziehers dieselben Wirkungen beilegen, als seien sie vom Schuldner vorgenommen (so in den §§ 822, 823 ZPO.), folgt nichts für eine allgemeine Vertretung des Schuldners [70]). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Gerichtsvollzieher im Rahmen der §§ 822, 823 als Vertreter des Schuldners tätig wird. Selbst diese Vertreterstellung zugegeben, kann man daraus keinesfalls einen Schluß auf die Stellung des Gerichtsvollziehers bei der gesamten Zwangsvollstreckung ziehen, wie es Planck (a. a. O.) will. Mit demselben Recht könnte man sagen: eben weil einige Handlungen des Gerichtsvollziehers kraft gesetzlicher Bestimmung als Vertreterhandlungen konstruiert sind, soll der Gerichtsvollzieher im übrigen nicht als Vertreter gelten.

Gegen die Annahme einer Schuldnervertretung spricht vor allem, daß die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, dem Zweck des Vollstreckungsverfahrens entsprechend, gewöhnlich eine Schädigung des Schuldners wider seinen Willen darstellt. Weil der Schuldner nicht freiwillig an den Gläubiger leistet, werden seine Sachen gepfändet und zur Versteigerung gebracht. Zwar verliert er mit der Durchführung der Versteigerung seine Schuld an den Gläubiger und kann insofern nicht als geschädigt gelten. Aber ein Schaden entsteht meistens deshalb für den Schuldner, weil der Erlös in der Regel hinter dem wahren Wert der Sache zurückbleibt. Im geltenden Recht sind aber alle Personen, die kraft Gesetzes zur Vertretung berufen sind, im Interesse des Vertretenen meist gerade wegen seiner Schutzbedürftigkeit bestellt [71]). Mit Recht stellt Horn (a. a. O.) die Frage, die die Antwort in sich trägt: „Und hier soll nun in voller Durchbrechung dieses natürlichen Grundsatzes ein ‚Vertreter' die Aufgabe haben, seinen ‚Vertretenen' evtl. wirtschaftlich zu ruinieren?" [72]) Man kann deshalb Oertmann nur zustimmen, wenn er sagt [73]): „Die Schuldnervertretung enthielte fast einen Hohn dem Schuldner gegenüber, da das ganze Verfahren sich doch nach Anstoß und Zweck seinen Interessen und vermutlichen Wünschen zuwider entwickelt."

Während im allgemeinen die Anhänger einer privatrechtlichen Auffassung der Zwangsversteigerung die Stellung des Gerichtsvollziehers als

---

[70]) And. A. Planck a. a. O.

[71]) s. Näheres bei Horn S. 25 ff.

[72]) G. Schulz S. 26 führt für die Schuldnervertretung weitere Gründe an, die sich auf die Immobiliarzwangsvollstreckung beziehen, aber bei ihrer Richtigkeit mit demselben Rechte für die Mobiliarzwangsvollstreckung geltend gemacht werden könnten. Ihre Widerlegung s. bei Horn S. 26, 29.

[73]) Oertmann-Hellwig S. 416.

eines privatrechtlichen Vertreters konstruieren, machen sich einige Autoren von der Vertretungstheorie frei, halten aber trotzdem an der privatrechtlichen Natur der Zwangsversteigerung fest[74]). Sie lehren etwa folgendes:

Der Gläubiger hat durch die Pfändung ein Pfandrecht erworben, das ihm, wie das Vertragspfandrecht, das Recht gewährt, sich wegen seiner Forderung aus der gepfändeten Sache zu befriedigen. Die Ausübung des ihm zustehenden Befriedigungsrechts ist ihm aber genommen und staatlichen Organen übertragen. Diese staatlichen Organe werden nicht tätig in Ausübung eines staatlichen Rechts, sondern des privaten Gläubigerrechts. Der Staat hat sich in den Dienst des Gläubigers gestellt; sein Organ ist öffentliches Ausübungswerkzeug des Gläubigers. Die vom Gläubiger veranlaßten Vollstreckungshandlungen sind als Handlungen des Gläubigers in Ausübung seines Anspruchs zu werten.

Diese Lehre wird dem geltenden Recht keineswegs gerecht. Sie versagt da, wo durch die Pfändung wegen des Fehlens materieller Voraussetzungen kein Pfandrecht entsteht (s. S. 38 ff.). Bei der Immobiliarzwangsvollstreckung kann sie nicht gelten, da dort überhaupt kein Pfandrecht begründet wird. Und doch besteht kein Grund zu einer verschiedenen Behandlung der beiden Vollstreckungsarten (Näheres weiter unten).

Zur Begründung der Ansicht, daß der Gerichtsvollzieher in einem öffentlichrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis von dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger stehe, beruft man sich auf den maßgeblichen Einfluß, den der Gläubiger auf das Vollstreckungsverfahren hat. Das Vollstreckungsorgan habe bei der Zwangsvollstreckung den sich auf die Ausübung beziehenden Weisungen des Gläubigers Folge zu leisten, und das sei das Merkmal der Stellung eines Ausübungswerkzeuges[75]).

Dieses Argument der hier bekämpften Lehre zeigt eine vollkommene Verkennung der staatlichen Tätigkeit. Wie oben bereits dargetan wurde, hat der Staat dem Gläubiger das Recht der Selbsthilfe im staatlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung genommen. Nichts aber deutet darauf hin, daß der Staat das Zwangsrecht an sich zieht, um sich zum Werkzeug des Gläubigers zu machen[76]). Konnte der Staat kraft eigenen Rechts dem Gläubiger die Zwangsbefugnis nehmen, so kann er nunmehr diese auch kraft eigenen Rechts ausüben. Der Einfluß des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung stellt nichts anderes dar

---

[74]) So Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung S. 123 ff., 263, 354ff.; Pagenstecher, Materielle Rechtskraft S. 372, bei Gruchot Bd. 50 S. 290; ZZP. Bd. 36 S. 254; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 177/78; vgl. auch RG. Bd. 16 S. 409.

[75]) Hirsch S. 123/24.

[76]) vgl. Riedinger S. 13; Fischer, Diss. S. 20.

als den unseren Prozeß beherrschenden Grundsatz des Parteibetriebs [77]). Es soll dem Gläubiger überlassen bleiben, ob und in welchem Umfange er wegen der Befriedigung seiner Forderung den Schuldner mittels des staatlichen Zwangs in Anspruch nehmen will. Dieser Gedanke ist durchaus gerechtfertigt. Denn das staatliche Interesse an der Zwangsvollstreckung ist nur insoweit vorhanden, als dem Gläubiger die Möglichkeit der zwangsweisen Befriedigung, dem Schuldner Schutz gegen Willkür des Gläubigers gewährt werden muß. In diesem Rahmen kann dem Gläubiger im einzelnen freie Hand gelassen werden; entscheidend ist nur, daß dem Schuldner gegenüber entbehrliche Härten des Zwanges vermieden werden [78]). Ließe sich aus dem Einfluß des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung die behauptete öffentlichrechtliche Abhängigkeitsstellung des Gerichtsvollziehers folgern, so könnte man mit demselben Recht auch dem Richter im Erkenntnisverfahren die Stellung eines Ausübungswerkzeuges der Partei geben. Denn auch im Erkenntnisverfahren muß der Staat dem Antrage der Partei Folge leisten und ist in weitem Umfange von dem Willen der Partei abhängig. Parteibetrieb und Rechtsschutzanspruch gelten ebenso im Erkenntnisverfahren wie im Vollstreckungsverfahren [79]).

III. Das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Zwangsversteigerung.

§ 4: 1. Allgemeines.

Die Hauptstütze für ihre Lehre finden die Vertreter der Vertragsnatur der Mobiliarzwangsversteigerung, wie schon verschiedentlich betont, in dem Entstehen eines Pfändungspfandrechtes für den Gläubiger. Dieses Pfandrecht ist nach ihrer Ansicht die Grundlage für die Versteigerung [80]). Das Pfändungspfandrecht, so lehrt man, sei dem vertraglichen wesensgleich, und alle Gesetzesvorschriften über dieses seien auch auf das Pfändungspfandrecht anwendbar, soweit nicht besondere Vorschriften der ZPO.

---

[77]) RG. Bd. 82 S. 91; Zapfe S. 20; Stein, Grundfragen S. 9/10.
[78]) Näheres oben S. 11 ff.
[79]) vgl. Horn S. 35 ff.
[80]) Müller S. 2 ff.; Falkmann S. 718; Struckmann-Koch Ziff. 1 vor § 814; Pagenstecher bei Gruchot Bd. 50 S. 274 ff., bes. S. 286; Wetzell S. 638; Kortmann S. 8 ff., 64; Seuffert § 814 Ziff. 2; v. Damm, ZZP. Bd. 42 S. 516/17; Behrendt bei Gruchot Bd. 26 S. 861; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 121; Mandry-Geib S. 398; RG. Bd. 36 S. 270 ff., 104, 301.

entgegenständen. Das letzte und vornehmste Recht des Faustpfandgläubigers sei aber das Recht zur Versteigerung, und da die ZPO. nichts über eine besondere Grundlage des Versteigerungsrechtes bestimme, so müsse auch für das Gebiet der Vollstreckung der Satz gelten, daß die Versteigerungsbefugnis sich aus dem Pfandrechte herleite.

Die Lehre, die in der Versteigerung einen Ausfluß des Pfändungspfandrechts sieht, geht also davon aus, daß das Pfändungspfandrecht in seinem Wesen dem Vertragspfandrecht identisch sei. Diese Auffassung ist aber nicht unbestritten. Da man in früheren Rechtssystemen den pfändenden Gläubiger durch Verleihung eines bloßen prozessualen Vorzugsrechts für die Zeit von der Pfändung bis zur Verwertung schützte, glauben einige Autoren sich dazu berechtigt, auch dem Pfändungspfandrecht der ZPO. einen solchen Charakter zuzusprechen [81]). So lehrt Demelius (a. a. O.): „Das Pfändungspfandrecht ist vom rechtsgeschäftlichen durchaus verschieden. Ersteres schafft Befriedigungsdeckung, letzteres Sicherungsdeckung. Die Pfändung ist bereits als ein Teil der Befriedigung anzusehen, deren Beginn sie darstellt. Das Pfändungspfandrecht ist im Gegensatz zum vertraglichen ein prozessuales Gebilde, das nur den Zwecken des Verfahrens dient und deshalb nur von prozessualen Gesichtspunkten aus betrachtet werden darf."

Bestände diese Lehre zu Recht, so könnte aus dem Entstehen eines „Pfandrechts" durch die Pfändung kein Grund für die Verkaufskonstruktion der Versteigerung abgeleitet werden. Denn für einen Hinweis auf die Regeln des BGB. über den Pfandverkauf wäre dann kein Raum. Aber die Annahme einer besonderen prozessualen Natur des Pfändungspfandrechts, das mit dem Vertragspfandrecht nichts gemein haben soll, entbehrt für das geltende Recht jeglicher Begründung. Die Regelung der Zwangsvollstreckung ist zwar, wie die Geschichte zeigt, durchaus möglich mit der Verleihung eines besonderen Vorzugsrechts an den Pfändungsgläubiger, ohne daß es der Begründung eines wahren Pfandrechtes bedürfte. Aber die geltende ZPO. hat diesen Weg nicht gewählt; das Pfändungspfandrecht hat zweifellos den Charakter eines wahren Pfandrechts. Das Gesetz spricht dies unzweideutig aus, wenn es im § 804 bestimmt: „Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht." [82])

Der zuerst von Demelius behauptete Unterschied zwischen Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht, daß das eine Befriedigungszwecken, das andere Sicherungszwecken diene [83]), besteht nicht. Auch die

[81]) Demelius S. 47 ff.; Emmerich S. 525; Bunsen S. 26; Hassenpflug bei Gruchot Bd. 32 S. 92 ff.

[82]) Oertmann-Hellwig § 314, 2.

[83]) So auch Emmerich S. 527; Siber, Rechtszwang S. 157 ff.; JheringsJ. Bd. 50 S. 93 ff.; Geib S. 85.

Vollziehung des Arrestes erfolgt durch Pfändung, und diese hat nach § 930 Abs. 1 ZPO. die Entstehung eines „Pfandrechts mit den im § 804 bestimmten Wirkungen" zur Folge. Hier findet sich also ein Pfändungspfandrecht, das auch nur Sicherungszwecken dient; denn bei dem Arrestverfahren, das ausschließlich eine vorläufige Sicherung bezweckt, kann von einem Beginn der Befriedigung keine Rede sein[84]).

Auch die Behauptung von Demelius, daß das Vertragspfandrecht als neben der Forderung einherschreitend, das Pfändungspfandrecht als Fortsetzung der Forderung zu denken sei, trifft nicht zu. Das bürgerliche Pfandrecht kann ebenfalls nach Fälligkeit der Forderung bestellt werden. „Warum soll dies anders sein," so fragt Reichmayr (a. a. O.) mit Recht, „wenn dieses Ergebnis erst zu einer Zeit eintritt, in der mit der Befriedigung Ernst gemacht wird?" Es läßt sich sehr wohl mit dem Wesen der Pfandberechtigung vereinen, daß eine solche erst nach Eintritt der Vollstreckbarkeit der Forderung verliehen wird.

Somit besteht kein Grund zu der Annahme, daß das Pfändungspfandrecht sich in seinem Wesen von dem privatrechtlichen unterscheidet. Die durchaus herrschende Lehre[85]) betont deshalb auch die Wesensgleichheit der beiden Pfandrechte und läßt auf das Pfändungspfandrecht die Vorschriften des BGB. über das Faustpfandrecht unmittelbare Anwendung finden, soweit nicht Sondervorschriften der ZPO. entgegenstehen. Diese Annahme entspricht auch allein den Motiven, die bei der Begründung des § 804[86]) sagen: „Auf das Pfand, welches durch den Akt der Pfändung konstruiert wird, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechtsnormen zur Anwendung."

Muß man also auch dem Pfändungspfandrecht die Bedeutung eines Vertragspfandrechts zusprechen, so kann doch der Lehre, die die Zwangsversteigerung als einen Ausfluß des Pfändungspfandrechts ansieht, nicht beigetreten werden.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß das Entstehen eines Pfandrechts zugunsten des pfändenden Gläubigers, wie es § 804 ZPO. bestimmt, für den Begriff der Zwangsvollstreckung durchaus nicht wesentlich ist[87]). Durch die Gewährung des Pfandrechts soll dem pfändenden Gläubiger

---

[84]) Reichmayr S. 18; Stein, Grundfragen S. 30.

[85]) So Oertmann-Hellwig S. 298 ff.; Stein, Grundfragen S. 31 ff.; Falkmann S. 624 ff.; Seuffert § 804 Ziff. 3; Reichmayr S. 23 ff.; Weigelin S. 39 ff.; Weismann S. 119 ff.; Kohler, ArchZivPrax. Bd. 72 S. 36 ff., Bd. 80 S. 157 ff.; Schmidt, Lehrb. S. 933; weitere Angaben bei Oertmann-Hellwig S. 297/98 Anm. 2 u. 3.

[86]) Hahn Bd. 1 S. 450.

[87]) vgl. Oertmann-Hellwig S. 245; and. A. Eckstein, der selbst dort das Vorhandensein eines Pfandrechts annimmt, wo es nach einstimmiger Meinung fehlt, so bei der Beschlagnahme des ZVG. (ZZP. Bd. 40 S. 82) und für den Konkurs (ZZP. Bd. 40 S. 87/88).

eine Vorzugsstellung vor anderen konkurrierenden Gläubigern und eine reale Sicherung seiner Forderung gegeben werden. Die ZPO. folgt mit dieser Regelung dem gemeinen Recht und den auf ihm beruhenden Kodifikationen in Sachsen, Hessen und Mecklenburg. Für den größten Teil Deutschlands aber schuf sie damit neues Recht. In dem Gebiete des preußischen Landrechts und des französischen Rechts, sowie in Württemberg, Baden und Bayern kannte man kein Pfändungspfandrecht [88]). Die Pfändung bewirkte hier nur ein in der Beschlagnahme liegendes Veräußerungsverbot, in Bayern ferner ein Vorzugsrecht. Trotz des Nichtbestehens eines Pfandrechts endete die Zwangsvollstreckung mit einer Versteigerung wie im geltenden Recht. Daß das Pfändungspfandrecht für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht wesentlich ist, zeigt auch die Behandlung eines Antrages in den Motiven, der durch die Pfändung kein Pfandrecht zur Entstehung kommen lassen wollte. Weder der Antragsteller noch seine Gegner sprachen davon, daß bei Durchdringen des Antrages auch eine Veränderung der Versteigerungsvorschriften nötig würde [89]).

Auch wenn man dem pfändenden Gläubiger eine Vorzugsstellung geben wollte, so war es nicht notwendig, ihm ein Pfandrecht zu gewähren. Das beweist die anderweitige Regelung der Zwangsvollstreckung früherer Rechte (z. B. in Bayern) und unser geltendes Zwangsversteigerungsgesetz, das im § 11 Abs. 2 unter Ablehnung eines Pfandrechts an dem Grundstück dem Gläubiger eine Vorzugsstellung durch „das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke" auf Grund der Beschlagnahme gewährt.

Wenn nun das Pfändungspfandrecht für den Begriff der Zwangsvollstreckung nicht wesentlich ist, wenn die ZPO. mit der Gewährung eines Pfandrechts für große Teile Deutschlands neues Recht geschaffen hat, so ist nicht ohne weiteres ersichtlich, daß nunmehr unter Abweichung von dem früheren Rechte dieses Pfandrecht die Grundlage für die Versteigerung bilden soll. Hätte die ZPO. dem Pfandrecht diese Wirkung beilegen wollen, so hätte sie es ausdrücklich bestimmen müssen. Das Gesetz aber enthält keine solche Bestimmung, und nicht einmal die Motive lassen klar erkennen, daß nunmehr das Pfandrecht die Versteigerungsbefugnis begründen solle [90]). Aus dem Gesetz geht m. E. vielmehr hervor, daß die Versteigerung von dem Pfändungspfandrecht unabhängig ist. Die ausführliche Regelung der Versteigerung in der ZPO. wäre nicht nötig gewesen, wenn die Versteigerung als eine Folge des Pfandrechts gelten sollte. Denn dann hätten sich viele Vorschriften, die jetzt die ZPO. enthält, ohne weiteres aus den Privatrechtssätzen ergeben, und es

[88]) s. Meibom, ArchZivPrax. Bd. 52 S. 295 ff.; Dertmann-Hellwig S. 245 Anm. 14; Riehl S. 4; Müller S. 2; Geib S. 84 ff.; Smoira S. 23; Seuffert § 804 Ziff. 1.

[89]) Hahn Bd. 1 S. 825 ff.; vgl. Stein, Grundfragen S. 61.

[90]) Hahn Bd. 1 S. 448 ff., 825 ff. Vgl. im Text weiter unten.

hätte in diesen Fällen einer nochmaligen Regelung nicht bedurft. Die ZPO. sagt auch niemals, daß diese oder jene Vorschrift über die Vertragspfandversteigerung auf die Zwangsversteigerung nicht anzuwenden sei, so daß man daraus folgern könnte, grundsätzlich seien die Pfandverkaufsvorschriften anzuwenden. Sie bestimmt vielmehr im Einzelfall ausdrücklich, ob eine Vorschrift des BGB. über die Pfandversteigerung für das Vollstreckungsrecht Geltung haben solle, indem sie auf eine Vorschrift des BGB. verweist (so § 816 Abs. 4) oder inhaltlich dasselbe normiert wie eine Pfandverkaufsvorschrift (vgl. § 816 Abs. 3 in Vb. m. § 1237 Satz 1 BGB.; § 820 Satz 1 in Vb. m. § 1240 BGB.).

Der § 816 Abs. 4, die einzige Vorschrift der ZPO., die für die Zwangsversteigerung die Anwendung von Pfandverkaufsvorschriften anordnet, spricht ferner von einer „entsprechenden" Anwendung. Wäre die Zwangsversteigerung Ausfluß des Pfandrechts, so wäre es unverständlich, daß eine Pfandverkaufsvorschrift nur entsprechende Anwendung finden solle. Sie müßte direkt anwendbar sein und außerdem nicht erst kraft ausdrücklicher Bestimmung der ZPO., sondern unmittelbar.

Die Vertreter der Lehre, die in dem Pfändungspfandrecht die Grundlage für die Versteigerung sieht, berufen sich auf die Motive[91]). In einer Kommissionssitzung[92]) wurde beantragt, dem jetzigen § 804 die Fassung zu geben: „Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger kein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande". Dieser Antrag wurde u. a. damit begründet, daß die neuere Wissenschaft die Verkaufsbefugnis nicht aus einem Pfandrechte, sondern aus der öffentlichen Gewalt des Richters herleite. Der Antrag wurde abgelehnt.

Die Behandlung dieses Antrages in der Kommission spricht indessen nicht unbedingt zugunsten der Gegner. Eine bestimmte Meinung der gesetzgebenden Faktoren über die Grundlage der Zwangsversteigerung kann daraus nicht entnommen werden. In der Begründung des Antrages wurde zwar betont, daß die Versteigerungsbefugnis sich richtiger Ansicht nach nicht aus dem Pfandrecht herleitet, sondern aus dem öffentlichen Recht. Bei der Ablehnung des Antrages aber wurde diese Ansicht des Antragstellers nicht bestritten. Für sie können deshalb sehr wohl andere Beweggründe entscheidend gewesen sein als die Annahme, die Grundlage der Zwangsversteigerung bilde das Pfandrecht.

Eine andere Äußerung der Motive, auf die sich die hier bekämpfte Lehre beruft, findet sich in der Begründung des § 804[93]): „Auf das Pfandrecht, das durch den Akt der Pfändung entsteht, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechts-

---

[91]) So Pagenstecher bei Gruchot Bd. 50 S. 287.
[92]) Prot. der Komm. bei Hahn Bd. 1 S. 825.
[93]) Hahn Bd. 1 S. 450.

normen zur Anwendung". Aus diesem Satze folgt jedoch nichts für die Ansicht, daß auch die Zwangsversteigerung nach den Normen der privatrechtlichen Pfandversteigerung vor sich gehe. Wenn auch zugegeben werden muß, daß auf das Pfändungspfandrecht grundsätzlich die Faustpfandvorschriften anzuwenden sind, so kann dies doch nur insoweit gelten, als die ZPO. nichts Besonderes bestimmt. Die Zwangsversteigerung ist aber in der ZPO. so ausführlich geregelt, daß für eine Heranziehung der Pfandverkaufsnormen keine Veranlassung vorliegt.

Die Motive lassen ferner an einer Stelle eher die Auffassung erkennen, daß die Versteigerung nicht ein Ausfluß des Pfandrechts ist. In der Begründung des jetzigen § 814 [94]) heißt es: „Die weitere Ausführung der Zwangsvollstreckung geschieht notwendig durch die Versteigerung. Die für deren Ausführung gegebenen Vorschriften sind die üblichen und durch den Zweck des Verfahrens geboten." Die Versteigerung wird also lediglich mit dem Zweck des Vollstreckungsverfahrens begründet. Von dem Pfandrecht als der Grundlage der Versteigerung ist keine Rede.

§ 5: 2. Fälle der Zwangsversteigerung ohne Bestehen eines Pfändungspfandrechts.

Ausgehend von der Erkenntnis, daß das Pfändungspfandrecht dem Faustpfandrechte wesensgleich ist, nimmt die herrschende und richtige Lehre an, daß durch die Pfändung ein Pfandrecht nur dann entsteht, wenn auch die materiellen Voraussetzungen dafür gegeben sind. In den Fällen, in denen demnach ein Pfändungspfandrecht nicht entsteht, wird aber die Vollstreckung in derselben Weise durchgeführt wie auch sonst. Sie endet auch hier mit einer Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher. Diese kann also nicht auf dem Pfändungspfandrecht beruhen, da ein solches nicht besteht.

Die wichtigsten Fälle dieser Art sind diejenigen, in denen der Gläubiger die Zwangsvollstreckung ohne eine bestehende Forderung gegen den Schuldner betreibt, der Gerichtsvollzieher eigene Sachen des Gläubigers oder sonstige, dem Schuldner nicht gehörige Sachen pfändet [95]) Daß in diesen Fällen ein Pfandrecht nicht begründet wird, ist allerdings nicht unbestritten und bedarf daher einer näheren Begründung.

Was zunächst die Frage nach der Akzessorietät des Pfändungspfandrechts anlangt, so verneint ein Teil der Autoren sie schlechterdings [96]), andere bejahen sie [97]), und wieder andere lassen das Pfändungspfandrecht

---

[94]) Hahn Bd. 1 S. 454.

[95]) Weitere Fälle der Pfändung ohne Pfandrechtsentstehung bei Stein, Grundfragen S. 34 ff.

[96]) So Pagenstecher bei Gruchot Bd. 50 S. 278; Kohler, ArchZivPrax. Bd. 72 S. 36 ff.; Weismann S. 122; Mainka S. 19 ff.

[97]) So Dertmann-Hellwig S. 298 ff.; Falkmann S. 624 ff.; Reichmayr S. 23 ff.; Seuffert § 804 Ziff. 7.

zwar akzessorisch sein, aber nicht zu der privaten Gläubigerforderung, sondern zu dem öffentlichrechtlichen Vollstreckungsanspruch[98]).

Die zuletzt genannte Auffassung hat am wenigsten für sich. Der Vollstreckungsanspruch ist zwar unerläßliche Voraussetzung für die Vornahme der Vollstreckung und somit für die Entstehung des Pfandrechts; aber eine dauernde Abhängigkeit des Pfändungspfandrechts von dem Vollstreckungsanspruch läßt sich aus dem Gesetze nicht ableiten. Das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht wird durch den Wegfall des Gläubigervollstreckungsanspruches nicht ohne weiteres beseitigt, sondern es bedarf immer noch einer besonderen Aufhebung (§ 775 ZPO.). Der Vollstreckungsanspruch ist also lediglich ein Formalerfordernis für die Entstehung des Pfändungspfandrechts, eine weitere Abhängigkeit besteht zwischen diesen beiden Rechten nicht[99]).

Der Hauptgrund, auf den die Lehre von der Nichtakzessorietät des Pfändungspfandrechts gestützt wird, ist die Möglichkeit der Pfändung auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels. „Hier ist es noch ungewiß," sagt Pagenstecher[100]), „ob eine Forderung besteht, und trotzdem hat die Pfändung die gleichen Wirkungen wie jede andere Pfändung. Sie erzeugt ein Pfandrecht. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die Pfändung auf Grund eines definitiv oder eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels vorgenommen ist." Ferner folgert man die Unabhängigkeit des Pfändungspfandrechts von der Forderung aus dem Umstand, daß die Vollstreckung vorgenommen wird ohne Prüfung des Bestehens der Forderung[101]). Die Pfändung mit der im § 804 bestimmten Wirkung der Entstehung des Pfandrechts erfolge auf Grund des Vollstreckungstitels, nicht der Forderung[102]).

Gegen die Berufung auf die Pfändung auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels als Begründung der Theorie von der nichtakzessorischen Natur des Pfändungspfandrechts sind verschiedene Einwände erhoben. So behauptet Falkmann[103]), es handele sich hier um ein Pfändungspfandrecht an einer bedingten Forderung und beruft sich für die Möglichkeit eines solchen Pfandrechts auf § 1209 BGB., das ein Vertragspfandrecht dieser Art ausdrücklich anerkennt. Andere sagen, das Pfandrecht sei in diesem Falle resolutiv bedingt durch die rechts-

---

98) Weigelin S. 1 ff. 89; Schmidt, Lehrb. S. 934.

99) Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 107 S. 244/45; Oertmann-Hellwig S. 299; Pagenstecher bei Gruchot Bd. 50 S. 281, 293 ff.

100) a. a. O. S. 291.

101) s. Weismann S. 122.

102) Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 149; Franke, ZZP. Bd. 36 S. 308.

103) S. 624 ff.

kräftige Abweisung des Klägers[104]). Allein diese Einwände sind sehr gezwungen und nicht überzeugend[105]).

Dennoch kann nicht zugegeben werden, daß das Pfändungspfandrecht der Forderung gegenüber nicht akzessorisch sei. Die Autoren, die die Nichtakzessorietät behaupten, begehen den Fehler, daß sie Pfändung und Pfändungspfandrecht nicht genügend getrennt betrachten. Die Pfändung als prozessualer Eingriffsakt in die Rechte des Schuldners ist scharf von dem Pfandrecht zu trennen, das sie erzeugt. Daß das gesamte Vollstreckungsverfahren unabhängig von der Gläubigerforderung ist, muß uneingeschränkt zugegeben werden. Damit ist aber nicht auch die Unabhängigkeit des Pfändungspfandrechts von der Forderung bewiesen. Das Pfändungspfandrecht ist eine Wirkung der Pfändung, aber nicht notwendig die alleinige Wirkung[106]), so daß man Pfändung und Pfandrechtserlangung einander gleichstellen könnte. Deshalb besteht auch keine Notwendigkeit, das Pfändungspfandrecht nur nach prozessualen Grundsätzen zu behandeln, wie dies für die Pfändung zu geschehen hat. Man muß vielmehr daran festhalten, daß das Pfändungspfandrecht rein privatrechtlicher Natur und den Vorschriften des BGB. über das Vertragspfandrecht unterworfen ist, soweit sich nicht aus der ZPO. ein anderes ergibt. Also entsteht ein Pfandrecht auch nur bei Vorhandensein einer Forderung und fällt fort mit dem Untergange der Forderung (§ 1252 BGB.). Nur auf diese Weise findet die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil und die Vollstreckung überhaupt ohne Prüfung der materiellen Forderung eine befriedigende Erklärung[107]).

Auch bei der Beurteilung der Pfändung eigener Sachen des Gläubigers begegnet man demselben Fehler wie bei der Behandlung der Frage nach der Akzessorietät des Pfändungspfandrechts: man unterscheidet nicht Pfändung und Pfändungspfandrecht genügend scharf voneinander. Ein privates Pfandrecht an eigenen Sachen ist nicht denkbar. Im § 1205 BGB. wird vorausgesetzt, daß Gläubiger und Eigentümer der Pfandsache verschiedene Personen sind, und nach § 1256 BGB. erlischt das Pfandrecht durch seine Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person. Daß man aus § 1256 Abs. 2 und aus § 398 HGB. nicht die Möglichkeit eines Pfandrechts an eigener Sache ableiten kann, ist heute allgemeine Meinung. Es handelt sich bei diesen Vorschriften lediglich um eine Fiktion.

---

[104]) So Struckmann-Koch § 810 Ziff. 2.

[105]) s. darüber Pagenstecher a. a. O. S. 291; Mainka S. 21.

[106]) So Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 149; Pagenstecher bei Gruchot Bd. 50 S. 287.

[107]) Eine eingehende Erörterung des Verhältnisses der Pfändung zum Pfändungspfandrecht findet weiter unten statt.

So finden sich denn auch in der Literatur nur wenige Stimmen[108]), die sich für die Entstehung eines Pfandrechts durch Pfändung eigener Sachen aussprechen. Die durchaus herrschende Ansicht in Theorie und Praxis[109]) verneint die Möglichkeit des Pfändungspfandrechts an eigener Sache. Von diesem Standpunkte aus nehmen die meisten[110]) an, da nach ihnen durch jede Pfändung ein Pfandrecht entstehen muß, die Pfändung eigener Sachen sei überhaupt unzulässig. Daß andrerseits ein dringendes Bedürfnis besteht, in vielen Fällen dem Gläubiger die Vollstreckung in eigene Sachen zu gestatten, ist außer Zweifel[111]) und bestreiten auch diejenigen nicht, die diese Möglichkeit ablehnen[112]). So scheint es z. B. nicht gerechtfertigt, dem Gläubiger, der dem Schuldner Sachen unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, die Pfändung dieser Sachen zu versagen, wenn er von dem Schuldner Zahlung nicht erlangen kann.

Zur Erklärung der Möglichkeit der Pfändung eigener Sachen des Gläubigers bedient man sich vielfach der sog. Verzichtstheorie[113]): Der Gläubiger, der zur Pfändung seiner eigenen Sachen schreitet, verzichtet damit gleichzeitig auf sein Eigentum. Diese Auffassung ist jedoch eine Fiktion, die im Gesetz nicht die geringste Stütze findet. Dem Gläubiger wird eine Erklärung unterschoben, die er nicht abgegeben hat und vermutlich nicht abgeben will[114]).

Die einzige Möglichkeit, die Pfändung eigener Sachen des Gläubigers theoretisch zu rechtfertigen, besteht nur, wenn man den Standpunkt aufgibt, daß jede Pfändung unbedingt ein Pfandrecht entstehen lassen müsse. Die Pfändung ist unabhängig von privatrechtlichen Voraussetzungen und deshalb auch bei eigenen Sachen des Gläubgers möglich. Das Pfändungspfandrecht aber ist als ein privatrechtliches Gebilde an die materiell rechtlichen Voraussetzungen gebunden, entsteht also nicht an eigenen Sachen des Gläübigers[115]).

---

[108]) So Emmerich S. 34 ff.; Immerwahr, DJZ. 1910 S. 597 ff.; Kaufmann bei Gruchot Bd. 53 S. 348; Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 150 ff.; Franke, ZZP. Bd. 36 S. 308.

[109]) So Müller S. 509 ff.; Falkmann S. 637; Oertmann-Hellwig S. 313/14; Stein, Grundfragen S. 51 ff., Komm. § 804 Ziff. 2.

[110]) Die in voriger Note Genannten außer Oertmann und Stein.

[111]) Oertmann-Hellwig S. 313/14; Stein, Grundfragen S. 51 ff.

[112]) Müller S. 110.

[113]) RG. Bd. 66 S. 348; OLG. München, Rspr. Bd. 18 S. 401; Staudinger § 455 II, 4; RG. in JW. 1907 S. 743 N. 10; Gaupp-Stein ältere Aufl. § 804 Ziff. 8.

[114]) Oertmann-Hellwig S. 314 Anm. 12; Stein, Grundfragen S. 53; Kaufmann a. a. O. S. 344; Müller S. 212; Emmerich S. 35; Gaupp-Stein § 804 II, 4; Seuffert § 804, 2c; Mainka S. 17.

[115]) So Oertmann-Hellwig S. 314; Stein, Grundfragen S. 53.

Auch die Pfändung dem Schuldner nicht gehöriger Sachen, wenn sie auch nicht im Eigentume des Gläubigers stehen, bringt ein Pfandrecht nicht zur Entstehung. Vielfach nimmt man auch hier die Entstehung eines Pfandrechts an, wieder unter Zugrundelegung der Auffassung, daß durch jede Pfändung ein Pfandrecht entstehe[116]). Diese Meinung kann aber nicht gebilligt werden. Zwar erwirbt der Gläubiger nach § 804 das Pfandrecht durch die Pfändung. Aber da, wie oben dargetan, das Pfändungspfandrecht im Wesen dem Vertragspfandrecht identisch ist, so muß außerdem für seine Entstehung die materiell rechtliche Voraussetzung gefordert werden, daß die gepfändete Sache im Eigentum des Schuldners steht. Denn nach materiellem Recht kann grundsätzlich für die Forderung des Gläubigers nur das Vermögen des Schuldners in Anspruch genommen werden, und die ZPO. hat von diesem Grundsatze keine Ausnahme statuiert[117]). Der § 804 ZPO. verlangt zwar nicht ausdrücklich, daß für die Entstehung des Pfandrechts Eigentum des Schuldners an den gepfändeten Sachen erforderlich ist, aber dieses Erfordernis ist als stillschweigend vorausgesetzt anzunehmen[118]). Mit Recht weist Neumann[119]) darauf hin, daß § 804 in dem Titel „Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen" stehe, ein Vermggen aber nicht ohne einen bestimmten Träger bestehen könne, als der hier nur der Schuldner in Frage komme[120]).

Auch auf Grund des guten Glaubens erwirbt der Gläubiger kein Pfandrecht bei Pfändung fremder Sachen. Zwar gilt für das Vertragspfandrecht die Vorschrift des § 1207 BGB., die den gutgläubigen Pfandgläubiger schützt. Aber wenn auch die Vorschriften des Vertragspfandrechts in weitem Umfange auf das Pfändungspfandrecht anwendbar

---

[116]) So Staub, JW. 1888 S. 202 ff.; Franke, ZZP. Bd. 36 S. 308; Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 150; Müller S. 89 ff., mit weiteren Gründen. Auch Oertmann-Hellwig (S. 313, 277) entscheidet sich entgegen seiner früheren Meinung (ArchZivPrax. Bd. 96 S. 18 ff.) für die privatrechtliche Wirksamkeit der Pfändung fremder Sachen. Jedoch wie früher wieder Grundriß § 135 III S. 317.

[117]) Das behaupten Müller S. 94; Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 150 ff.; Franke, ZZP. Bd. 36 S. 308 ff., unter Berufung auf den Wortlaut des § 804.

[118]) So die herrschende Lehre. Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 19; Stein § 804 II, 3; Falkmann § 51; Seuffert § 804, 2b; RG. Bd. 13 S. 181, Bd. 22 S. 270, Bd. 26 S. 104, Bd. 40 S. 290 ff., Bd. 60 S. 72, Bd. 94 S. 104 ff.

[119]) DJZ. 1901 S. 16.

[120]) Gegen das Entstehen eines Pfandrechts kann man sich jedoch nicht auf den § 806 ZPO. berufen (so Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 20), der von einem Mangel im Rechte spricht. Denn es sind außer dem Fehlen des Eigentums andere Mängel im Recht denkbar, die den § 806 rechtfertigen. Vgl. Müller S. 102; Wolff S. 65; Franke S. 315; auch Oertmann-Hellwig S. 313.

sind, so kann dies doch nicht für die Bestimmungen gelten, die die Begründung des Pfandrechts betreffen; denn die Entstehungstatbestände sind zu sehr verschieden[121]).

So gibt es also verschiedene Fälle, in denen es zur Zwangsversteigerung kommt, ohne daß ein Pandrecht für den Gläubiger entstanden wäre. Hier aber Wesen und Wirkungen der Versteigerung anders zu behandeln als in dem regelmäßigen Fall, bei dem ein Pfandrecht entsteht, erscheint nicht angebeacht.

Der Annahme, daß das Pfändungspfandrecht die Grundlage der Versteigerung bilde, stehen nach dem Vorhergehenden also ernste Bedenken entgegen, und wir werden weiter unten sehen, daß man zu einer viel klareren Lösung kommt, wenn man die Grundlage der Zwangsversteigerung öffentlichrechtlich auffaßt.

III. Abschnitt: Die öffentlichrechtliche Auffassung der Zwangsversteigerung.

§ 6: I. Die öffentlichrechtliche Natur der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers.

Die bisherigen Ausführungen haben zu dem Ergebnis geführt, daß eine privatrechtliche Auffassung der Mobiliarzwangsversteigerung der gesetzlichen Regelung des geltenden Rechts nicht gerecht wird. Insbesondere haben wir nachzuweisen versucht, daß der Gerichtsvollzieher nicht die Stellung eines Vertreters des Gläubigers oder des Schuldners oder eines Ausübungswerkzeuges des Gläubigers haben kann, wie sie von den Anhängern der privatrechtlichen Theorie behauptet wird.

Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers kann allein vom Standpunkte des öffentlichen Rechts aus eine befriedigende Erklärung finden. Da die Zwangsvollstreckung eine Ausübung des staatlichen Zwangsrechts darstellt, sind die Handlungen des Gerichtsvollziehers, soweit sie Zangshandlungen sind, öffentlichrechtlicher Natur.

Wenn den Handlungen des Gerichtsvollziehers öffentlichrechtlicher Charakter eigen sein soll, so muß der Gerichtsvollzieher Beamter sein. Diese Stellung hat er zweifellos. Schon die Motive sprechen bei der

---

[121]) vgl. Mot. zum BGB. Bd. 3 S. 797; Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 19/20; Wolff S. 64; Neumann S. 16; bes. Smoira S. 3 ff.; daselbst weitere Lit. And. A. Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 153.

Einführung des Gerichtsvollzieherinstituts von einem selbständigen „Vollstreckungsbeamten" und bezeichnen die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers als „Amt"[1]). Auch die Gesetze lassen klar die Beamteneigenschaft des Gerichtsvollziehers erkennen. So trägt das GVG. als Überschrift zum XII. Titel, in dem der Gerichtsvollzieher behandelt wird, die Worte: „Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte". Der § 154 dieses Gesetzes spricht von dem Gerichtsvollzieher als dem „mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen betrauten Beamten", und im folgenden Paragraphen ist von dem „Amt" des Gerichtsvollziehers die Rede. Ebenso betonen die in den einzelnen Ländern erlassenen Gerichtsvollzieherordnungen und Instruktionen die Beamtenqualität des Gerichtsvollziehers[2]).

Als selbständiges Vollstreckungsorgan ist der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsgericht nebengeordnet; er ist nicht etwa Unterorgan des Gerichts[3]). Aus dieser Stellung des Gerichtsvollziehers folgt, daß seine Tätigkeit nicht anders gewertet werden darf als die des Vollstreckungsrichters. Mit Recht sagt das Reichsgericht[4]): „In der Zwangsvollstreckung betätigt sich die staatliche Zwangsgewalt durch die eigenen Organe des Staates. Ob die Zwangsvollstreckung dem Gerichte oder dem Gerichtsvollzieher zugewiesen ist, und wie auch die landesrechtliche Regelung des Gerichtsvollzieherwesens gestaltet sein mag, stets erfolgt sie .... als Ausübung staatlicher Zwangsgewalt, kraft der der Behörde oder dem Einzelbeamten vom Staate verliehenen Gewalt. Deshalb gehört die Tätigkeit der Organe der Zwangsvollstreckung, der Gerichtsvollzieher nicht minder wie der Gerichte, dem öffentlichen Rechte an, und zwar in ihrer Gesamtheit[5])."

Die staatliche Vollstreckungsgewalt muß allen Gewaltunterworfenen gegenüber in gleicher Weise wirken. Daher ist auch die Stellung des Gerichtsvollziehers bei der Ausübung von Vollstreckungshandlungen allen diesen Personen gegenüber die gleiche. Es geht nicht an, ihn in seinem Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner und zu Dritten eine privatrechtliche, im Verhältnis zum Vollstreckungsgläubiger dagegen eine öffentlichrechtliche Stellung zu geben oder umgekehrt[6]). Daß der Gerichtsvollzieher nicht privatrechtlicher Vertreter einer Partei, weder des Gläubigers noch des Schuldners ist, haben wir S. 23 ff. näher ausgeführt. Das

---

[1]) Hahn, Materialien Bd. 1 S. 440.

[2]) Näheres bei Oertmann S. 20 ff.; RG. Bd. 10 S. 233; daselbst weitere Gründe für die Beamteneigenschaft.

[3]) vgl. Stein-Jonas Vorb. 5 vor § 166; Horn S. 61.

[4]) RG. Bd. 82 S. 85.

[5]) In demselben Sinne Wach, Handb. Bd. 1 S. 380.

[6]) So Falkmann S. 290; Stein, Grundfragen S. 114—116.

Innenverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger sei hier nur in aller Kürze behandelt.

Eine weit verbreitete Lehre[7]) vertritt die Ansicht, daß zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger ein Privatrechtsverhältnis bestehe, das man als Auftrag, Dienstvertrag oder Werkvertrag konstruiert. Zur Begründung dieser Ansicht wird in erster Linie immer wieder der Wortlaut des Gesetzes angeführt, das überall, wo von dem Verhältnisse des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger die Rede ist, von einem „Auftrage" des Gläubigers spricht, den Gerichtsvollzieher als „Beauftragten des Gläubigers" und diesen letzteren als den „Auftraggeber" bezeichnet. Allein unser Sprachgebrauch und auch unsere Gesetzessprache kennt den Ausdruck Auftrag nicht nur zur Bezeichnung eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses, sondern gebraucht ihn vielfach in anderem Sinne. Das beweisen die vielen Vorschriften, die von einem beauftragten Richter sprechen. Überhaupt ist heute, da es keinen entgeltlichen Auftrag mehr gibt (§ 662 BGB.), eine Berufung auf den Wortlaut nicht mehr gerechtfertigt[8]). Ebenso sind die anderen, für die Mandatstheorie angeführten Gründe, nicht stichhaltig, so die Berufung auf die Motive[9]) und auf den französischen hussier[10]), dem der Gerichtsvollzieher nachgebildet ist[11]). Zur Widerlegung dieser Gründe genüge hier die Verweisung auf die Ausführungen Riedingers (S. 6 ff.), Thiems (S. 20 ff.), Fischers (S. 8 ff.) und von Schrutka-Rechtenstamms[12]).

Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher wird lediglich vom öffentlichen Rechte beherrscht. Der Auftrag des Gläubigers, der zum Tätigwerden des Gerichtsvollziehers erforderlich ist, ist wie der Antrag an das Gericht nur der äußere Anlaß, der die Amtsgewalt auslöst, nicht ist er Quelle der Amtsbefugnis.

Die Stellung des Gerichtsvollziehers ist während des ganzen Verfahrens dieselbe. Pfändung, Versteigerung, Empfangnahme des Erlöses,

---

[7]) Gaupp-Stein § 814 Ziff. 1; Stein, Grundfragen S. 115/16; Seuffert § 753 Ziff. 1; Mandry-Geib S. 398; Jastrow, ArchZivPrax. Bd. 68 S. 358 ff.; Dunkhase, ArchZivPrax. Bd. 77 S. 100 ff.; Kortmann S. 10 ff.; Falkmann S. 285 ff.; Rottmann S. 27 ff.

[8]) vgl. Oertmann-Hellwig S. 153; Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 28; gegen diesen Grund Bonnekamp S. 12; Rottmann S. 29/30; RG. Bd. 56 S. 90.

[9]) So RG. Bd. 16 S. 403.

[10]) So v. Welck a. a. O. S. 500 ff.; Rottmann S. 8 ff.; Schenk S. 15; RG. Bd. 16 S. 404.

[11]) v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 13 S. 567, Bd. 16 S. 673 ff.; Stein-Jonas Vorb. 5 vor § 166; Thiem S. 7 ff.; Riedinger S. 1 ff.; Fischer, Diss. S. 16 ff. Auch das RG. hat sich nach längerem Schwanken in der Plenarentsch. Bd. 82 S. 85 ff. für die Amtstheorie ausgesprochen.

[12]) GrünhZ. Bd. 16 S. 689.

alles sind staatliche Vollstreckungshandlungen, die kein Privater vornehmen kann und dem Gerichtsvollzieher nur in seiner Eigenschaft als Beamten zugewiesen werden konnten. Es ist verfehlt, wenn Eckstein[13]) annimmt, bei der Pfändung sei der Gerichtsvollzieher in Ausübung eines Staatsrechts tätig, bei der Versteigerung dagegen handele er als privatrechtlicher Vertreter. Diese Auffassung beruht auf der falschen Annahme, daß die Zwangsversteigerung Ausfluß des Pfändungspfandrechts sei.

§ 7: II. Die Verstrickung als Grundlage der Zwangsversteigerung.

Der wenig befriedigenden Lehre gegenüber, die in dem Pfändungspfandrechte die Grundlage der Mobiliarzwangsversteigerung sieht, hat sich eine andere Auffassung gebildet, die die Versteigerungsbefugnis aus dem öffentlichen Recht ableitet[14]). Die folgenden Ausführungen werden zeigen, daß nur diese Lehre Anerkennung verdient.

Die Pfändung ist zweifellos eine Zwangshandlung, die als solche nur kraft der obrigkeitlichen Stellung des Staates vorgenommen werden darf. Die Wirkung der Pfändung erschöpft sich nicht in der Begründung des Pfändungspfandrechtes. Es entsteht durch die Pfändung außerdem ein besonderes Rechtsverhältnis des Staates zu der gepfändeten Sache. Das tritt deutlich in Erscheinung, wenn durch die Pfändung wegen eines Mangels einer materiellen Voraussetzung ein Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt. In solchem Falle kann die Pfändung nicht einfach unbeachtet bleiben. Es kann besonders der Eigentümer nicht nach seinem Belieben über die Sache verfügen. Denn jeder Akt der Staatsgewalt hat, wenn er in gültiger Form entstanden ist, so lange Rechtsbestand, bis er vom Staate wieder aufgehoben wird. Die staatliche Autorität verlangt es, daß jeder Staatsakt, mag er materiell gerechtfertigt sein oder nicht, von dem Untertan zunächst anerkannt wird. Ein Akt, den nur der Staat vornehmen kann, kann auch nur vom Staate wieder aufgehoben werden. Nur solche Handlungen der Staatsgewalt, die von einer absolut unzuständigen Behörde vorgenommen werden oder sonst

---

[13]) ZZP. Bd. 39 S. 462. Ebenso Lindemann S. 17/18; Smoira S. 77.

[14]) Oertmann-Hellwig S. 322/23; Stein, Komm. § 814 Ziff. 1; Grundfragen S. 55 ff.; Reichmayr S. 75 ff.; Kohler, GrünhZ. Bd. 33 S. 571; Hassenpflug bei Gruchot Bd. 32 S. 92 ff.; Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 721—723; Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung S. 142; Kleinfeller S. 637; Weismann S. 136; Hachenburg, Vortr. S. 143; Pollak, System des österr. Zivilprozeßrechts S. 786 ff.

jedem erkenntlich den Makel der Nichtigkeit an sich tragen, können unbeachtlich bleiben und bedürfen keiner besonderen Aufhebung von seiten des Staates.

Durch die Pfändung wird also, auch wenn ein Pfandrecht nicht entsteht, ein eigenartig neuer Rechtszustand geschaffen. Die Sache ist für den Staat gebunden zwecks Durchführung der Vollstreckung. Diese Gebundenheit nannte Riehl[15]) zuerst die Pfandverstrickung, ein Ausdruck, der abgemeine Anerkennung gefunden hat[16]).

Tritt auch die Verstrickung am deutlichsten erkennbar hervor, wenn ein Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt, so wird sie doch nicht nur in diesem Falle begründet, wie Petschek (S. 127) annimmt. Sie ist vielmehr eine öffentlichrechtliche Wirkung jeder ordnungsmäßigen Pfändung. Ob daneben ein Pfandrecht entsteht oder nicht, richtet sich nach materiellen Voraussetzungen.

Die öffentlich rechtliche Verstrickung nun bildet richtiger Ansicht nach die Grundlage für die Durchführung der Zwangsvollstreckung, insbesondere für die Zwangsversteigerung. Diese Auffassung steht mit dem Gesetzestext in gutem Einklang. Die §§ 814, 816 ZPO. sprechen von einer Versteigerung gepfändeter Sachen, nicht etwa von Gegenständen eines Pfandrechts. Der § 806 handelt von einer Veräußerung auf Grund der Pfändung. Pfändung ist aber nicht die eigentliche Bezeichnung für die Pfandrechtsbegründung, sondern der Ausdruck bedeutet nur die Beschlagnahme durch die Obrigkeit[18]). Daß Pagenstecher[19]) den Wortlaut des § 806 für seine Meinung in Anspruch nimmt, nach der die Versteigerung auf dem Pfandrecht beruht, ist nur dadurch zu erklären, daß er den öffentlichrechtlichen Charakter der Pfändung nicht erkannt hat. Für ihn hat die Pfändung nur die Wirkung der Pfandrechtsentstehung[20]), und deshalb ist es für ihn gleichbedeutend, ob das Gesetz von Pfändung oder Pfandrecht spricht. Indes ist nirgends gesagt, daß das Pfandrecht die alleinige Wirkung der Pfändung sei. Man kann Hassenpflug nur beistimmen, wenn er ausführt[21]): „Hätte die ZPO. mit dem Pfandrecht die konzentrierte Wirkung der Pfändung festlegen wollen, so hätte gerade darüber etwas erwähnt werden müssen,

---

15) Pfändungspfandrecht S. 78.

16) Man findet auch die Bezeichnung Pfandverfangenschaft.

17) So auch Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 22 ff.; Reichmayr S. 14 ff., 19; Stein, Grundfragen S. 54; Smoira S. 29 ff.; Riehl S. 77 ff., bes. S. 80.

18) Stein S. 56; Hassenpflug bei Gruchot Bd. 32 S. 92.

19) Bei Gruchot Bd. 50 S. 287.

20) Ebenso Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 149.

21) Bei Gruchot Bd. 32 S. 92.

daß das Pfand gegenüber dem Schuldner bestellt werde, daß es der Weg sein solle, um aus dem Vermögen des letzteren den entsprechenden Wert in das Vermögen des Gläubigers zu übertragen." Die sich an die Pfändung anschließende weitere Durchführung der Zwangsvollstreckung ist aber überwiegend nach dem Vorbild früherer Rechte geregelt, die zum größten Teil kein Pfandrecht kannten, und der Gedanke, daß die ZPO. im Unterschiede von diesen früheren Rechten nunmehr die Pfandversteigerungsbefugnis aus dem Pfandrechte ableiten wolle, kommt nirgends zum Ausdruck, nicht im Gesetz, und nicht einmal in den Motiven[22]).

Für die hier vertretene Ansicht, daß die Grundlage der Versteigerung in der durch die Pfändung begründeten Gebundenheit der Sache für den Staat zu finden ist, spricht auch der § 137 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich derjenige strafbar, der „Sachen, welche durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder beschlagnahmt worden sind, vorsätzlich beiseite schafft, zerstört oder in anderer Weise der Verstrickung entzieht". Diese Strafbarkeit tritt nach durchaus herrschender Lehre auch dann ein, wenn ein Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt ist[23]). Durch die Pfändung hat der Staat die ergriffenen Gegenstände in seine Herrschaftsgewalt gebracht und sie dem freien rechtsgeschäftlichen Verkehr entzogen, damit mit ihnen den Zwecken der Zwangsvollstreckung entsprechend verfahren werde. Wenn nun jemand gepfändete Sachen auf irgendeine Weise der Verstrickung entzieht, so liegt darin eine Nichtachtung der staatlichen Autorität, ein Bruch der staatlichen Herrschaftsgewalt[24]). Diese Verletzung der staatlichen Autorität ist es, die den Grund für die Bestrafung bildet. Das geht schon deutlich daraus hervor, daß der § 137 StGB. in einem Abschnitt über „Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" steht.

Müller (S. 69) zieht den § 137 StGB. zur Unterstützung seiner Meinung heran, daß durch formgültige Pfändung immer ein Pfandrecht entstehe, und glaubt den § 137 nur so erklären zu können, daß er das Pfandrecht schütze. Daß jedoch der Gesetzgeber diese Vorschrift nicht zum Schutz des Pfandrechts aufstellte, beweist der Umstand, daß zur Zeit der Entstehung dieser Bestimmung in den meisten deutschen Ländern ein Pfändungspfandrecht nicht anerkannt war. Mit Recht fragt Oertmann[25]): „Wie sollte sich der Sinn der Vorschrift ex post facto mit

---

[22]) vgl. Hassenpflug a. a. O.; Hahn, Materialien Bd. 1 S. 450 ff. Näheres oben S. 35 ff.

[23]) Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 22; Smoira S. 31; Reichmayr S. 15; Stein, Grundfragen S. 26; weitere Lit. in der folgenden Anmerkung.

[24]) Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 22; Smoira S. 31; Frank Komm. z. StGB. § 137 Ziff. 1; Riehl S. 78; Mothes S. 88.

[25]) ArchZivPrax. Bd. 96 S. 23.

einem Male geändert haben, so daß sie fortan nicht mehr auf den Pfändungsakt als solchen, sondern auf das Vorhandensein eines gültigen Pfandrechts abstellte?" Es wird denn auch im Strafrecht allgemein die Lehre vertreten, daß der Tatbestand des § 137 StGB. erfüllt ist, wenn eine ordnungsmäßige Pfändung vorliegt, einerlei, ob sie materiell gerechtfertigt war oder nicht, ob ein Pfandrecht entstanden war oder nicht[26]). Auch die Praxis des Reichsgerichts steht auf dem hier vertretenen Standpunkt[27]). So spricht es sich in der Entscheidung RGStr. Bd. 9 S. 403 ganz deutlich dafür aus, wenn es sagt: „Die im § 137 StGB. vorgesehenen strafbaren Handlungen sind, wie schon die Stellung des Paragraphen ergibt, nicht deswegen mit Strafe bedroht, weil dadurch Rechte des die Pfändung veranlassenden Gläubigers verletzt werden, sondern weil dieselben eine Nichtachtung der durch die zuständigen Behörden oder Beamten verfügten Vollstreckungshandlungen . . . enthalten."

Die in der Literatur gegen den Begriff der Verstrickung geltend gemachten Gründe sind nicht sehr zahlreich und sämtlich nicht stichhaltig. Müller glaubt die Lehre von der Verstrickung mit einem Hinweis auf den § 836, Abs. 2 ZPO. widerlegen zu können[28]). Diese durch die Novelle von 1900 neu geschaffene Vorschrift lautet: „Der Überweisungsbeschluß gilt, auch wenn er mit Unrecht erlassen ist, zugunsten des Drittschuldners dem Schuldner gegenüber so lange als rechtsbeständig, bis er aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntnis des Drittschuldners gelangt". Schon der Ausgangspunkt der Argumentation Müllers ist befremdlich. Es sagt (S. 70): Man „könnte vielleicht" den § 836 Abs. 2 zur Begründung der Verstrickungstheorie heranziehen. Indessen ist es bisher niemandem eingefallen, sich zur Rechtfertigung der Verstrickungslehre auf diese Vorschrift zu berufen, und eine solche Berufung wäre in der Tat verfehlt. Denn § 836 Abs. 2 enthält, wie Müller ganz richtig betont, keine prozessuale Wirkung der Pfändung, die man Verstrickung nennen könnte, sondern eine materielle Folgeerscheinung der Überweisung, ähnlich der Bestimmung des § 409 BGB., wonach der bisherige Gläubiger die von ihm dem Schuldner angezeigte Abtretung der Forderung gegen sich gelten lassen muß, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist[29]). Es ist also Müller unbedingt zuzugeben, daß der § 836 Abs. 2 ZPO. nicht zur Begründung der Verstrickungslehre dienen kann. Aber wenn nun diese Vorschrift nicht für das Bestehen einer staatlichen Verstrickung spricht, so ist damit doch noch nicht der geringste Beweis dagegen erbracht.

---

[26]) Frank § 137 Ziff. I; Olshausen § 137 Anm. 5; Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts S. 207.

[27]) RGStr. Bd. 9 S. 403, Bd. 10 S. 425, Bd. 19 S. 164.

[28]) Müller S. 70 ff.

[29]) vgl. Müller S. 70/71; Stein § 836 Ziff. 2; Smoira S. 32.

Damit erledigt sich auch ein weiterer Einwand Müllers (S. 71). Er glaubt unter Zugrundelegung der Verstrickung, aus dem § 836 Abs. 2 eine Folgerung ziehen zu müssen, die dem Sinne der Vorschrift widerspreche: „Würde der § 836 Abs. 2 wirklich dem Begriff der Verstrickung entsprechen, so müßte der Drittschuldner vor Aufhebung des Überweisungsbeschlusses dem Verlangen des Gläubigers auf Zahlung unter allen Umständen nachkommen und dürfte unter keinen Umständen an den Schuldner zahlen, selbst wenn er von der Unwirksamkeit des Beschlusses überzeugt ist, die Verstrickung müßte ihn dazu zwingen. Daß dies aber nicht der Sinn des § 836 Abs. 2 ist, zeigt schon ein Blick auf den Wortlaut. Nur zugunsten des Drittschuldners soll der Beschluß als rechtsbeständig gelten, nicht aber zu seinen Ungunsten, der Drittschuldner soll nur der Pflicht überhoben sein, den Beschluß auf seine Wirksamkeit zu prüfen, nicht aber soll ihm das Recht genommen werden, die tatsächlich vorhandene Unwirksamkeit auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber geltend zu machen." Die Beweisführung Müllers fällt in sich zusammen, wenn man, wie es oben geschehen ist, mit ihm in § 836 Abs. 2 nicht eine Verstrickungswirkung, sondern eine materielle Folgeerscheinung der Überweisung sieht[30]).

Die Berufung auf § 836 Abs. 2 zur Widerlegung der Verstrickungslehre ist also durchaus verfehlt, und es ist gänzlich unverständlich, wie Müller (S. 71) sagen kann, die Vorschrift des § 836 Abs. 2 zeige, daß die von Riehl und Petschek versuchte Konstruktion theoretisch und praktisch unannehmbar sei. Man kann nur mit Smoira (a. a. O.) erwidern: „In Wahrheit erbringt sie auch nicht den Schatten eines Beweises gegen die Verstrickungstheorie".

Es wird vielfach behauptet[31]), der Begriff der Verstrickung sei überflüssig, alle Zweifelsfragen seien mit dem Begriff der Anfechtbarkeit zu lösen. Dazu ist allgemein zu sagen, daß der Begriff der Anfechtbarkeit der ZPO. nicht näher liegt als derjenige der Verstrickung. Vielmehr findet sich für den letzteren ein Anhalt im Strafgesetzbuch, während von einer Anfechtbarkeit in der ZPO. nirgends die Rede ist.

Insbesondere rechtfertigt man die Lehre von der Anfechtung gegenüber der Theorie von der Verstrickung mit einem Hinweis auf den § 771 ZPO. Bei Pfändung dem Schuldner nicht gehöriger Sachen entsteht nach allgemeiner Ansicht kein Pfandrecht für den Gläubiger[32]). Der nach § 771 von dem verletzten Dritteigentümer geltend gemachte

---

[30]) vgl. Smoira S. 32.

[31]) So Müller S. 69 ff, 92 ff.; Emmerich S. 8 Anm. 26; Kaufmann bei Gruchot Bd. 53 S. 328; Krämer, ZZP. Bd. 46 S. 150 ff.

[32]) s. oben S. 42 ff.

Widerspruch hat richtiger Ansicht nach die Bedeutung, die durch die Pfändung begründete Verstrickung zu lösen[33]). Demgegenüber behaupten die Vertreter der Anfechtungslehre, auch bei Pfändung fremder Sachen entstehe ein Pfandrecht, und der § 771 bestimme das Anfechtungsrecht des Dritteigentümers[34]). Daß es sich im § 771 um ein Anfechtungsrecht handele, ergebe sich schon daraus, daß nicht der Schuldner und nicht jeder Dritte, sondern nur der verletzte Drittberechtigte zur Erhebung des Widerspruchs befugt sei. Eine Unwirksamkeit aber, die nur von einer bestimmten Person geltend gemacht werden könne, nenne unsere Rechtssprache Anfechtbarkeit.

Diese Behauptung trifft nicht zu. Nicht jede Unwirksamkeit, die nur bestimmte Personen geltend machen können, ist unbedingt eine Anfechtbarkeit, kann doch auch die Nichtigkeit einer Ehe nur von bestimmten Personen geltend gemacht werden (§ 1329 BGB. in Verb. mit § 632 ZPO.[35]). Daß die Widerspruchsklage nur von dem verletzten Drittberechtigten erhoben werden kann, ist, wie Fröhlich[36]) und ihm folgend Smoira (S. 53) zutreffend ausführen, sehr wohl verständlich, da doch durch die Pfändung fremder Sachen nur in die Rechte dieser Personen eingegriffen wird.

Die gegen die Lehre von der Verstrickung angeführten Gründe verdienen demnach keine Anerkennung und hindern uns nicht, an dem oben vertretenen Standpunkt festzuhalten, daß sämtliche Zwangsvollstreckungshandlungen sich aus der durch die Pfändung begründeten staatlichen Verstrickung ableiten.

Auch das Reichsgericht kommt in einer Entscheidung[37]) dem Begriff der Verstrickung sehr nahe, wenn es betont, daß die Pfändung dem Schuldner nicht gehöriger Sachen oder solcher Sachen, die im Eigentum des gepfändeten Gläubigers stehen, trotz des Nichtentstehens eines Pfändungspfandrechts zulässig und wirksam sei. Diese Ansicht stützt das Reichsgericht hauptsächlich darauf, daß bei Pfändung fremder Sachen es „immer dem Dritten allein überlassen ist, ob er den Weg der Klage nach § 771 ZPO. beschreiten oder sich hinterher mit einer Bereicherungs- oder Schadensersatzklage gegen den die Pfändung oder Versteigerung betreibenden Gläubiger begnügen will" (S. 244). Also, obwohl auch das Reichsgericht davon ausgeht, daß bei Pfändung fremder Sachen kein Pfandrecht

---

[33]) So Oertmann-Hellwig S. 276 ff.; Oertmann, ArchZivPrax. Bd. 96 S. 21; Stein, Grundfragen S. 45; weitere Lit. bei Oertmann-Hellwig S. 276 Anm. 15.

[34]) Müller S. 92 ff.; Emmerich S. 8 Anm. 26, S. 34 ff.; Kaufmann a. a. O. S. 328; Krämer a. a. O. S. 151; Franke, ZZP. Bd. 36 S. 308.

[35]) vgl. Smoira S. 33.

[36]) Diss. Breslau 1908 S. 27.

[37]) RG. Bd. 79 S. 242 ff.

entsteht (S. 243), so läßt sie doch das weitere Vollstreckungsverfahren „zulässig und wirksam" sein, verweist den verletzten Dritteigentümer nach stattgehabter Versteigerung auf eine Bereicherungs- oder Schadenersatzklage. Es spielt sich nach Ansicht des RG. dann „ein formales Verfahren ab, das zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers führt" (S. 245). Wenn nun die Zwangsvollstreckung ohne Bestehen eines Pfandrechts als formales Verfahrens durchgeführt ihr Ziel, die Befriedigung des Gläubigers, erreichen soll, so kann doch auch vom Standpunkt des RG. aus niemals das Pfandrecht als Grundlage der Versteigerung in Frage kommen. Auch das RG. sieht vielmehr in der Versteigerung eine prozessuale Handlung, die unabhängig von materiellen Voraussetzungen vorgenommen wird. Nur prozessuale Momente können mithin die Grundlage der Versteigerung bilden.

Nach den bisherigen Ausführungen kann es nicht zweifelhaft sein, daß auf die Zwangsversteigerung die Vorschriften des BGB. über den Pfandverkauf weder unmittelbar[38]) noch auch nur entsprechend[39]) Anwendung finden können. Die Zwangsversteigerung wird nicht auf Grund des Pfändungspfandrechts vorgenommen, sondern findet ihre Grundlage in der öffentlichrechtlichen Verstrickung. Die Versteigerung findet statt „auf Grund der Pfändung", wie sich das Gesetz in § 816 ausdrückt, und hat mit dem Pfandrecht keine Berührungspunkte. Für die Anwendung der Vorschriften über den Pfandverkauf auf die prozessuale Versteigerung fehlt es somit, wie Stein[40]) ganz richtig sagt, an der ersten Voraussetzung der rechtsähnlichen Lage. Das Wesen der beiden Verwertungsarten ist durchaus verschieden. Während sich bei dem Verkaufe des Vertragspfands Pfandgläubiger und Eigentümer der Pfandsache gegenüberstehen, sind bei der Zwangsversteigerung Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner beteiligt, und das Verfahren wird durchgeführt ohne Rücksicht darauf, ob der Vollstreckungsgläubiger eine materielle Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner hat und ob dieser Eigentümer der Pfandsache ist.

Hirsch[41]) glaubt im § 1233 Abs. 2 BGB. einen Grund dafür zu finden, daß die Pfandverkaufsvorschriften auf die Zwangsversteigerung anzuwenden seien. Im § 1233 Abs. 2 wird bestimmt, daß der Gläubiger, der für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer hat, den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen kann. Allein aus dieser Vorschrift läßt sich kein Schluß für die hier bekämpfte Lehre ziehen.

---

[38]) So Smoira S. 62 ff.; Hirsch S. 245 ff.

[39]) So Wolff S. 6 ff.; RG. Bd. 61 S. 331.

[40]) Grundfragen S. 59.

[41]) Hirsch S. 247.

Denn auch in dem Falle des § 1233 Abs. 2 handelt es sich nicht um eine Verwertung von gepfändeten Sachen, sondern der Verkauf der Pfandsache kann nur nach den Vorschriften über den „Verkauf gepfändeter Sachen" stattfinden. Die staatliche Autorität wird dabei nicht engagiert, eine Pfändung wird nicht vorgenommen. Wenn im BGB. von einer wirklichen prozessualen Zwangsverwertung die Rede ist, so ist denn auch immer zunächst eine prozessuale Beschlagnahme nötig, auf der diese Verwertung beruht[42]).

III. Das Versteigerungsverfahren bis zur Erteilung des Zuschlags.

§ 8: 1. Allgemeines.

Wie bei jedem privatrechtlichen Veräußerungsgeschäft muß man auch bei der Zwangsversteigerung das Kausalgeschäft scharf von dem dinglichen Übereignungsgeschäft sondern[43]). Das Kausalgeschäft ist mit dem Zuschlage beendet. Durch den Zuschlag wird die Verpflichtung des Gerichtsvollziehers begründet, dem Meistbietenden das Eigentum an dem Versteigerungsgegenstand zu übertragen. Das erhellt deutlich aus der im § 817 ZPO. vorgeschriebenen Anwendung des § 156 BGB., nach dem bei der Versteigerung der Vertrag mit dem Zuschlage zustande kommt. Daß diese Vorschriften nicht einen unumstößlichen Beweis für die Vertragsnatur der Zwangsversteigerung bilden, wurde bereits gesagt. Jedenfalls folgt aber aus ihnen, daß das Kausalgeschäft bei der Versteigerung erst durch den Zuschlag beendet wird, nicht, wie früher vielfach angenommen wurde, bereits durch das Gebot. Daß mit dem Zuschlage nicht auch der dingliche Übereignungsakt vollzogen wird, ergibt sich aus der Möglichkeit der Wiederversteigerung (§ 817 Abs. 3 ZPO.). Ferner wäre die Vorschrift des § 817 Abs. 2 ZPO. nicht recht verständlich, wollte man in dem Zuschlage schon die Eigentumsübertragung der Versteigerungssache sehen[44]). Endlich trägt die anderweitige Regelung im Zwangsversteigerungsgesetze, nach der das Eigentum an den Grundstücken ohne Eintragung, an beweglichen Sachen ohne Übergabe bereits durch den Zuschlag auf den Ersteher übergeht, so sehr den Charakter einer Sondernorm, das man dieselbe Wirkung

---

[42]) vgl. BGB. §§ 1147, 1149, 1277; Stein, Grundfragen S. 35, 60; Biermann, Sachenrecht § 1277 Ziff. 1.

[43]) Oertmann-Hellwig S. 324; Stein, Grundfragen S. 66; Komm. § 814 Ziff. 1, § 817 Ziff. 2.

[44]) vgl. Oertmann-Hellwig a. a. O.

dem Zuschlage in der Mobiliarzwangsversteigerung nicht zusprechen kann. Das Eigentum an der Versteigerungssache geht den allgemeinen Rechtsnormen über die Eigentumsübertragung entsprechend erst mit der Übergabe an den Ersteher über [45]).

Die Trennung von Kausalakt und Erfüllungsgeschäft wird in der Literatur über die Zwangsversteigerung von den Anhängern einer öffentlichrechtlichen Theorie gewöhnlich nicht beachtet. Man spricht von der Versteigerung als von einem öffentlichen Akt der Staatsgewalt, der das Eigentum an der veasteigerten Sache kraft der staatlichen Machtvollkommenheit auf den Ersteher übertrage, ohne sich dabei über die Bedeutung des Zuschlages klar zu werden. Nur Oertmann [46]) und Stein [47]) scheiden das Kausalgeschäft von dem Erfüllungsgeschäft mit der wünschenswerten Klarheit. Horn (S. 125 ff.) erklärt sich ausdrücklich gegen diese Konstruktion. Er nimmt an, der Gerichtsvollzieher sei schon kraft seines Amtes zur Eigentumsübertragung an den Meistbietenden verpflichtet. Diese Auffassung Horns aber widerspricht dem geltenden Recht. Es ist durchaus nicht so, daß der Zuschlag dem Meistbietenden immer erteilt werden muß. Erreicht das Gebot bei Gold- und Silbersachen nicht den wahren Gold- oder Silberwert, so darf nach § 820 ein Zuschlag nicht erfolgen; und wenn bei anderen Sachen das Gebot hinter der Hälfte des im voraus geschätzten wahren Wertes zurückbleibt, so darf der Gerichtsvollzieher gleichfalls den Zuschlag nicht erteilen (§ 3 der Bekanntm. v. 8. 1. 1914 RGBl. S. 427). Ferner kann jederzeit der die Vollstreckung betreibende Gläubiger den Zuschlag verbieten, wenn ihm das Gebot nicht angemessen erscheint [48]). Durch das Gebot wird also für den Bietenden, auch wenn er Meistbietender geblieben ist, noch kein unbedingter Anspruch auf den Zuschlag und damit auf die Eigentumsverschaffung begründet. Erst der Zuschlag verpflichtet den Gerichtsvollzieher zur Übereignung. Damit steht nicht im Widerspruch, daß der Meistbietende gegen die unberechtigte Versagung des Zuschlages mit der Erinnerung nach § 766 ZPO. vorgehen kann [49]). Das Entscheidende ist eben, daß es in vielen Fällen eine berechtigte Versagung des Zuschlages gibt.

---

[45]) So die allgemeine Meinung. Oertmann-Hellwig S. 323; Stein, Grundfragen S. 70; Komm. § 814 Ziff. 1, § 817 Ziff. 2; Horn S. 123; Falkmann S. 718; RG. v. 14. 3. 1916 in Warn. Erg.-Bd. 10 Nr. 59 S. 75; and. A.: OLG. Hamburg v. 15. 6. 1909 in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 82 S. 166. RG. Bd. 13 Nr. 65 S. 273 nimmt Eigentumsübertragung durch den Zuschlag an, läßt aber den Erwerb durch die alsbaldige Zahlung des Erlöses bedingt sein.

[46]) Oertmann-Hellwig S. 325.

[47]) Grundfragen S. 70; Komm. § 814 Ziff. 1, § 817 Ziff. 2.

[48]) vgl. Stein § 817 Ziff. 2.

[49]) Oertmann-Hellwig S. 325; insofern auch richtig Horn S. 125.

Horn kann bei seiner Auffassung auch nicht die Vorschrift des § 817 Abs. 1 ZPO., der auf § 156 BGB. verweist, erklären. Seine Ausführungen (S. 135), die sich mit diesen Gesetzesbestimmungen beschäftigen, rechtfertigen wohl seine Meinung, daß die Zwangsversteigerung keinen Vertrag darstelle, nicht aber erklären sie die Tatsache, daß überhaupt der § 156 BGB. kraft ausdrücklicher Vorschrift auf die Zwangsversteigerung Anwendung findet. Wenn man nicht aus § 817 Abs. 1 ZPO. in Vb. m. § 156 BGB. zum mindesten die Folgerung zieht, daß der Zuschlag erst die Verpflichtung des Gerichtsvollziehers zur Eigentumsübertragung begründet, so sind diese Vorschriften vollauf unverständlich. Angesichts des § 817 Abs. 1 kann also die Meinung Horns (S. 124), daß der Zuschlag „ein Akt im Rahmen der Zwangsvollstreckung ohne besondere Bedeutung" sei, nicht zu Recht bestehen.

§ 9: 2. Der Zuschlag.

Über die rechtliche Natur des Kaufalgeschäfts gehen die Meinungen auch der Anhänger einer publizistischen Auffassung der Zwangsversteigerung auseinander. Stein [50]) und ihm folgend Keil [51]) nehmen einen Vertrag zwischen Staat und Ersteher an, alle anderen sprechen von einem öffentlichrechtlichen Akt [52]). Die Meinung Steins geht, wie alle Vertragstheorien, von der wirtschaftlichen Ähnlichkeit der Zwangsversteigerung mit dem Kaufvertrage aus. In beiden Fällen werden einerseits die Pflicht zur Eigentumsübertragung eines Gegenstandes, andrerseits diejenige zur Leistung einer bestimmten Geldsumme begründet. Den Vertrag faßt Stein öffentlichrechtlich auf; er spricht von einem „öffentlichen Kaufvertrag" und will die Kaufregeln des BGB. nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend angewendet wissen (Grundfr. S. 67) [53]). Allein ein öffentlichrechtlicher Kaufvertrag ist juristisch ein Unding. Der öffentlichrechtliche Vertrag ist überhaupt ein sehr bestrittener Begriff [54]). Wo er aber anerkannt ist, hat er immer nur die Regelung öffentlichrechtlicher Verhältnisse zum Gegenstand [55]). So spricht man von öffentlichrechtlichen

---

[50]) Grundfragen S. 66 ff.; Komm. § 814 Ziff. 1, § 817 Ziff. 2.

[51]) ZZP. Bd. 45 S. 155.

[52]) Horn (S. 121, 125 Anm. 1) behauptet zu Unrecht, auch Oertmann nehme einen Vertrag an, und verweist dabei auf Oertmann-Hellwig S. 324. Sinn und Wortlaut der Ausführungen Oertmanns S. 321 ff. sprechen gegen die Vertragslehre. Horns Irrtum beruht auf einer Verwechslung der Begriffe obligatorischer Kaufakt und obligatorischer Vertrag.

[53]) Lindemann S. 31 nimmt also zu Unrecht an, daß Stein sich für einen privatrechtlichen Vertrag erklärt.

[54]) s. die Literatur für und gegen den öffentlichrechtlichen Vertrag bei Herrnritt, Grundfragen des VerwR. S. 442.

[55]) Kormann S. 33; Jellinek, System S. 347; Herrnritt S. 446.

Verträgen bei den Auseinandersetzungen zwischen Armenverbänden und Schulgemeinden, bei den Vereinbarungen zwischen Staat und Kommunalverbänden über Beiträge zur Entrichtung und Erhaltung öffentlicher Anstalten[56]). Der Kaufvertrag ist aber ein rein privatrechtliches Gebilde. Die aus ihm entstehenden Verpflichtungen der Eigentums- und Besitzübertragung und der Leistung des Kaufgeldes erstrecken sich auf Wirkungen rein privatrechtlicher Natur und können deshalb nie Ausfluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages sein.

Auch die Annahme eines privatrechtlichen Kaufvertrages zwischen Staat und Meistbietenden ist nicht möglich. Zwar kann der Staat wie jede andere juristische Person privatrechtliche Verträge schließen. Aber Voraussetzung dafür ist, daß der Staat sich in Lebensverhältnisse begibt, wie sie auch für den Privaten vorkommen. „Der Staat muß sich", um die Worte O. Mayers zu gebrauchen[57]), „in einem vermögensrechtlich zu ordnenden wirtschaftlichen Verhältnisse so benehmen, wie ein Einzelner es auch tun würde." Bei der Zwangsversteigerung aber tritt der Staat, wie im gesamten Vollstreckungsverfahren, als Hoheitsperson auf. Ein Privater hat niemals das Recht, wegen der Forderung eines anderen eine fremde Sache zur Versteigerung zu bringen. Dem Staat steht dieses Recht zu kraft seiner staatlichen Zwangsgewalt. Er handelt nicht in seinem eigenen vermögensrechtlichen Interesse, sondern in seinem Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und im vermögensrechtlichen Interesse des Vollstreckungsgläubigers. Er nimmt also nicht in einem vermögensrechtlich zu ordnenden Verhältnisse Tätigkeiten vor, wie sie auch ein Privater vornehmen könnte. Deshalb kann von einem privatrechtlichen Vertrage zwischen ihm und dem Meistbietenden nicht die Rede sein[58]). Ein Vertrag ist immer nur möglich zwischen Gleichgeordneten, niemals zwischen dem Staat als Imperium und einem einzelnen[59]).

Im übrigen spricht das oben gegen die Vertragstheorien im allgemeinen Gesagte auch gegen die Annahme eines privatrechtlichen Vertrages zwischen Staat und Ersteher.

Bei Ablehnung jeder Vertragslehre bleibt uns nur die Möglichkeit, den Zuschlag als einen besonders gearteten Akt der Staatsgewalt, als einen sog. Staatsakt aufzufassen. Staatsakt im weiteren Sinne ist „jede

---

[56]) Auch die Anstellung in den Staatsdienst und die Naturalisation werden vielfach als öffentlichrechtliche Verträge bezeichnet (Lit. bei O. Mayer Bd. 2 S. 148 Anm. 7). Die neuere und wohl richtige Lehre hat für diese Fälle den Begriff des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung gebildet. O. Mayer Bd. 2 S. 148; Hatschek, VerwR. S. 309; Herrnritt S. 448; Kormann S. 105.

[57]) Dtsch. VerwR. Bd. 1 S. 115.

[58]) vgl. auch Horn S. 129/30.

[59]) vgl. O. Mayer Bd. 1 S. 118/19 und die dort Anm. 12 genannte Literatur; Kormann S. 32.

Handlung, die aus Rechtsgründen irgendwelcher Art dem Staate zuzurechnen ist" [60]).

Wie die meisten Staatsakte, so erinnert auch der Zuschlag sehr an das privatrechtliche Rechtsgeschäft. Unter einem Rechtsgeschäft verstehen wir „einen Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist" [61]). Dieselben Merkmale weist der Zuschlag auf. Er enthält die Willenserklärung des Gerichtsvollziehers, dem Ersteher das Eigentum zu übertragen, und auf Grund des Zuschlages ist der Gerichtsvollzieher zur Übereignung der Versteigerungssache verpflichtet.

Wegen der Verwandtschaft des Zuschlages mit dem privaten Rechtsgeschäft kann man auf ihn den sich im öffentlichen Recht gebildeten Begriff des publizistischen Rechtsgeschäfts anwenden. Dieser Begriff hat fast allgemeine Anerkennung gefunden [62]). Die dagegen erhobenen Einwendungen sind nicht stichhaltig und von Kormann (S. 17/18) einleuchtend widerlegt. Das publizistische Rechtsgeschäft wird von den einzelnen Vertretern dieses Begriffes verschieden aufgefaßt. Darauf ist hier nicht näher einzugehen [63]). Allgemein sei hier nur gesagt, daß das publizistische Rechtsgeschäft sich vom privatrechtlichen grundsätzlich nur dadurch unterscheidet, daß bei ihm das Subjekt nicht als Träger privater Rechte und Pflichten handelt, sondern als staatliches Organ kraft seiner amtlichen Stellung. Bei Anerkennung des Begriffs des publizistischen Rechtsgeschäfts kann man die große Mehrzahl der Staatsakte unter diesen Begriff bringen. So nennt Kormann (S. 27) mit Recht die Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts die Verwaltungsakte im eigentlichen Sinne.

§. 10: 3. Das Ausgebot des Gerichtsvollziehers.

Der Gerichtsvollzieher, der die Zwangsvollstreckung durch die Pfändung begonnen hat, muß nunmehr zur Herbeiführung einer möglichst günstigen Verwertung der gepfändeten Sachen tätig werden. Es ist seine Aufgabe,

---

[60]) v. Hippel, Der fehlerhafte Staatsakt S. 3; vgl. Kormann S. 1, 26; O. Mayer Bd. 1 S. 93.

[61]) Enneccerus Bd. 1, 1 § 136 S. 354; vgl. Oertmann, Komm. Vorb. I, 2a, I, 3a vor §§ 104 ff. und die Mot. Bd. 1 S. 127: „Rechtsgeschäfte sind Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten."

[62]) O. Mayer Bd. 1 S. 101; Jellinek, Staatsakt S. 19 ff.; Kormann S. 15/16; daselbst weitere Lit. für und gegen den Begriff des publizistischen Rechtsgeschäfts.

[63]) Jedenfalls ist Kormann S. 18 ff. nicht zuzustimmen, der Rechtsgeschäft und Willenserklärung einander gleichsetzt und nur die sich in der Rechtsetzung ausdrückende Willenserklärung nicht zu den publizistischen Rechtsgeschäften rechnet. Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind wohl zu unterscheiden. Vgl. Oertmann, Komm. Vorb. I, 2 vor §§ 104 ff.

eine Person zu ermitteln, die bereit ist, die Sache gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme zu übernehmen. Diesem Zweck dient zunächst die öffentliche Bekanntgabe von Ort und Zeit der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen, sodann das eigentliche Ausgebot während der Versteigerung. Dem Zuschlag an den Meistbietenden soll nach § 817 Abs. 1 ein dreimaliger Aufruf voraufgehen.

Das Ausgebot ist die Aufforderung des Gerichtsvollziehers zur Abgabe von Geboten und enthält seine Bereitwilligkeit, Gebote entgegenzunehmen. Es liegt nahe, in dem Angebot eine Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots zu erblicken. Die privatrechtliche Auffassung der Zwangsversteigerung steht auch allgemein auf diesem Standpunkt und stützt sich dabei wieder hauptsächlich auf den § 817 ZPO., der die Anwendung des § 156 BGB. anordnet. Nach der hier vertretenen öffentlichrechtlichen Konstruktion des Zuschlags kann es nicht zweifelhaft sein, auch das Ausgebot öffentlichrechtlich aufzufassen. Es ist eine Prozeßhandlung, die der Gerichtsvollzieher vornimmt, um dem Vollstreckungsverfahren weiteren Fortgang zu verschaffen. Nach der Einteilung, die Hellwig [64]) den Prozeßhandlungen der Staatsorgane gegeben hat, würde das Ausgebot in die Gruppe derjenigen Prozeßhandlungen fallen, die eine Willenserklärung auffordernder Art darstellen.

Daß das Ausgebot nicht eine privatrechtliche Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots sein kann, geht auch aus seiner gesetzlichen Regelung hervor. Während im Privatrecht für den Auffordernden völlige Handlungsfreiheit besteht, ist der Gerichtsvollzieher beim Ausgebot durch das Gesetz und die Dienstinstruktionen im einzelnen gebunden. Er ist kraft seines Amtes zum Ausgebot verpflichtet. Er darf nach § 816 Abs. 1 ZPO. grundsätzlich nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung zur Versteigerung schreiten und muß sie an dem in § 816 Abs. 2 ZPO. bezeichneten Orte vornehmen. Hält sich der Gerichtsvollzieher nicht an diese Vorschriften, so kann gegen ihn auf Grund des § 766 ZPO. vorgegangen werden [65]). Weitere Sollvorschriften, die der Gerichtsvollzieher zu beachten hat, finden sich in den §§ 816 Abs. 3 und 817 Abs. 1 ZPO. [66])

Außer den gegen die privatrechtliche Konstruktion der Zwangsversteigerung angeführten allgemeinen Gründen spricht also auch die strenge Gebundenheit des Gerichtsvollziehers bei der Vornahme des Ausgebots dagegen, dieses privatrechtlich aufzufassen. Denn das Privatrecht kennt eine ähnliche Gebundenheit nicht [67]).

---

[64]) System § 159.

[65]) vgl. Horn S. 117.

[66]) Eine noch weitergehende Gebundenheit besteht für den Richter bei dem Ausgebot, das ein Grundstück betrifft. Vgl. Zapfe S. 36; Horn S. 117/18.

[67]) So auch Zapfe S. 36/37; Horn S. 115 ff.

§ 11: 4. Das Gebot des Meistbietenden.

Wie die Vertragstheorie in dem Ausgebot die Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots sieht, so ist nach ihr in dem Gebote das Vertragsangebot zu finden. In der Tat weist das Gebot viele Merkmale auf, die auch der Vertragsofferte eigen sind. Nach § 145 BGB. ist derjenige, der einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, an den Antrag gebunden. In gleicher Weise besteht für den in der Zwangsversteigerung Bietenden eine Bindung an sein Gebot. Das ist für die Immobiliarzwangsversteigerung im § 72 ZVG. besonders betont; muß aber ebenso für die Mobiliarzwangsversteigerung gelten und folgt hier mittelbar aus dem § 817 ZPO. Kommt auf ein Angebot hin ein Kaufvertrag zustande, so ist der Käufer zur Zahlung der in seinem Angebot genannten Geldsumme verpflichtet. Dieselbe Rechtslage findet sich bei der Zwangsversteigerung. Wird dem Bieter der Zuschlag erteilt, so ist er zur Zahlung des gebotenen Betrages verpflichtet.

Die hier vertretene publizistische Theorie muß dem Gebot den Charakter eines Vertragsangebots absprechen. Die Ähnlichkeit der Wirkungen des Gebots mit denen der Vertragsofferte beweist noch nicht die Gleichheit der beiden Gebilde. Daß selbst der § 817 ZPO. in Verb. mit dem § 156 BGB. kein unbedingter Beweis für die Vertragsnatur der Zwangsversteigerung und somit auch für die Natur des Gebotes als einer Vertragsofferte ist, wurde bereits näher ausgeführt.

Unter den Anhängern der öffentlichrechtlichen Auffassung der Zwangsversteigerung besteht im übrigen Streit über die rechtliche Natur des Gebots. Während einige in ihm eine Prozeßhandlung sehen, die auf die Fortführung des Vollstreckungsverfahrens gerichtet ist[68]), halten andere trotz ihrer grundsätzlichen Einstellung das Gebot für eine private Willenserklärung[69]). Der letztgenannten Ansicht gebührt der Vorzug.

Zwar steht das Gebot mit dem öffentlichrechtlichen Zuschlage in engem Zusammenhange. Es schafft für das Vollstreckungsorgan die Grundlage für die Erteilung des Zuschlages. Ohne ein Gebot ist ein Zuschlag undenkbar. Erst das Zusammenwirken von Meistgebot und Zuschlag begründet die Verpflichtung des Gerichtsvollziehers zur Eigentumsübertragung der zugeschlagenen Sache und die des Erstehers zur Zahlung der Versteigerungssumme. Aber der Zusammenhang zwischen Gebot und Zuschlag besteht nur inhaltlich und äußerlich. Ein rechtlicher

---

[68]) Horn S. 119 ff., bes. S. 132; Zapfe S. 37 ff.; Lindemann S. 46 ff.; Schneider, ZZP. Bd. 31 S. 275; Fischer-Schäfer § 72 Anm. 1.

[69]) Oertmann-Hellwig S. 417; Bierbach S. 23 ff.; Lindemann bei Gruchot Bd. 48 S. 97; Kretzschmar in SeuffBl. 1907 S. 963; Peiser, ZZP. Bd. 31 S. 399; OLGRspr. Bd. 5 S. 213, Bd. 17 S. 356; RG. Bd. 54 S. 308; weitere Lit. bei Bierbach S. 24 Anm. 10.

Zusammenhang liegt nicht vor. Das geht klar daraus hervor, daß nicht jedes Gebot den Zuschlag erhält. Wird ein Übergebot abgegeben, so erlischt das erste Gebot, und selbst wenn es das Meistgebot geblieben ist, so muß nicht unbedingt der Zuschlag erteilt werden [70]). Aus dieser rechtlichen Selbständigkeit des Gebots gegenüber dem Zuschlage ergibt sich die Möglichkeit, trotz Anerkennung der öffentlichrechtlichen Natur des Zuschlages, das Gebot als eine privatrechtliche Willenserklärung aufzufassen [71]).

Die privatrechtliche Wirkung des Gebots bestreiten auch diejenigen nicht, die es für eine Prozeßhandlung halten [72]). Es begründet für den Bieter die privatrechtliche Pflicht, den gebotenen Betrag zu bezahlen, falls ihm der Zuschlag erteilt wird. Gleichzeitig hat es allerdings die Bedeutung einer notwendigen Voraussetzung für den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens. Aber das macht es noch nicht zu einer Prozeßhandlung. Wenn auch privatrechtliche Wirkungen einer Willenserklärung nicht ihr Wesen als Prozeßhandlung ausschließen [73]) — die Klageerhebung kann z. B. eine Mahnung, Kündigung, Wandlungserklärung enthalten —, so ist andererseits nicht jede Willenserklärung, die einen bestimmten Einfluß auf das Prozeß- oder Vollstreckungsverfahren hat, eine Prozeßhandlung. Die Prozeßhandlung muß immer von einer ganz bestimmten am Verfahren beteiligten Person vorgenommen werden. Das Gebot aber kann jede beliebige Person abgeben, die zufällig bei der Versteigerung anwesend ist. Deshalb kann es nicht den Charakter einer Prozeßhandlung haben. Es ist vielmehr, wie Oertmann ganz richtig sagt [74]), „eine einseitige verpflichtende Willenserklärung des bürgerlichen Rechts".

Diese Auffassung des Gebots hat vor der öffentlichrechtlichen den praktischen Vorteil, daß sie am besten dem dringenden Bedürfnis der Möglichkeit einer Anfechtung des Gebots wegen Irrtums gerecht wird. Ist das Gebot eine private Willenserklärung, so kommen die Vorschriften der § 119 ff. BGB. über die Anfechtung unmittelbar zur Anwendung. Besonders häufig kommt es vor, wie die vielen Entscheidungen der Praxis zeigen [75]), das sich der Bieter über die Höhe seines Gebotes irrt. Er verspricht sich oder versieht sich in der Währung und gibt dadurch ein inhaltlich anderes Gebot ab, als er abzugeben glaubt. In solchem Falle dem Bieter die Möglichkeit einer Anfechtung zu geben, erscheint rechtspolitisch unbedingt erforderlich. Das geben auch diejenigen Autoren

---

[70]) s. oben S. 54 ff.
[71]) vgl. Bierbach S. 22.
[72]) vgl. Zapfe S. 40/41; Horn S. 131; and. A. Lindemann S. 47: „Das Gebot hat keinerlei privatrechtliche Wirkung."
[73]) vgl. Hellwig, Prozeßhandlungen S. 42; Zapfe S. 32.
[74]) Oertmann-Hellwig S. 417.
[75]) OLGRspr. Bd. 5 S. 213, Bd. 17 S. 356; RG. Bd. 54 S. 308.

zu, die in dem Gebot eine Prozeßhandlung sehen. Darum halten auch sie es für nötig, die Vorschriften des BGB. über die Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums auf das Gebot anzuwenden, allerdings nicht unmittelbar, sondern nur analog, weil eine unmittelbare Anwendung mit dem Wesen der Prozeßhandlungen unvereinbar ist [76]).

Die beiden bezüglich der rechtlichen Natur des Gebots bestehenden Theorien kommen somit in der Frage der Anfechtung des Meistgebots wegen Irrtums zu demselben praktischen Ergebnisse. Aus der grundsätzlichen Anerkennung der Anfechtungsmöglichkeit folgt aber noch nicht die unbedingte Anwendung sämtlicher bürgerlichrechtlichen Vorschriften der Anfechtungslehre auf das Gebot. Denn in erster Linie müssen die besonderen Vorschriften der Prozeßordnung Beachtung finden, und die Vorschriften des BGB. können nur insoweit herangezogen werden, als nicht Wesen und Zweck der Zwangsversteigerung entgegenstehen [77]).

Die Anfechtung hat nach § 142 BGB. die Nichtigkeit der angefochtenen Willenserklärung zur Folge. Da der Gerichtsvollzieher den Zuschlag an den Meistbietenden zu erteilen hat (§ 817 Abs. 1 ZPO.), muß er bei einer Anfechtung des Gebots zunächst prüfen, ob er diese für begründet und demgemäß das Gebot für nichtig erachtet. Bejaht er die Rechtmäßigkeit der Anfechtung, so darf er den Zuschlag nicht erteilen, da es an einem wirksamen Meistgebote fehlt. Hält er die Anfechtung für nicht begründet und erteilt er darauf den Zuschlag, so ist dieser vollwirksam, wenn auch in Wirklichkeit die Anfechtung begründet war. Denn nach der hier vertretenen Auffassung ist der Zuschlag ein öffentlichrechtlicher Akt, der in seinen Voraussetzungen und seinen Wirkungen nur von öffentlichrechtlichen Momenten abhängig ist [78]).

Nach dem Zuschlag ist eine wirksame Anfechtung des Meistgebots nicht mehr möglich, da der ordnungsmäßig erteilte Zuschlag eine endgültige und klare Rechtslage unter den Beteiligten schafft [79]). Die Vorschrift des § 121 Abs. 2 BGB., die eine Anfechtung innerhalb des Zeitraums von 30 Jahren zuläßt, findet also auf die Anfechtung des Meistgebots keine Anwendung.

Die Anfechtung erfolgt nach § 143 Abs. 1 BGB. durch formlose

---

[76]) Zapfe S. 52; Fischer-Schäfer § 72 Anm. 1; Schneider, ZZP. Bd. 31 S. 291.

[77]) vgl. Stein, Grundfragen S. 67; Bierbach S. 26.

[78]) vgl. Zapfe S. 54; Lindemann bei Gruchot Bd. 48 S. 98; Bierbach S. 39.

[79]) vgl. Bierbach S. 39, 43; Zapfe S. 54; Kretzschmar in SeuffBl. 1907 S. 965.

Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Als Anfechtungsgegner kann für die Anfechtung des Gebots nur der Gerichtsvollzieher in Frage kommen (vgl. § 143 Abs. 4 Satz 2 BGB.) [80]).

IV. Die Übereignung der Versteigerungssache auf den Ersteher.

§ 12: 1. Allgemeines über die rechtliche Natur.

Weit wichtiger als die Frage nach der rechtlichen Natur des Ausgebots, des Gebots und des Zuschlags ist diejenige nach der rechtlichen Natur der Eigentumsübertragung der Versteigerungssache auf den Ersteher. Diese Eigentumsübertragung findet, wie bereits näher ausgeführt wurde, nicht schon mit dem Zuschlage statt, sondern erst mit der Übergabe der Sache an den Ersteher [81]). Bis zu diesem Zeitpunkt steht die Sache noch im Eigentum des Schuldners. Die Übergabe an den Ersteher vernichtet also gleichzeitig das Eigentum eines Rechtssubjekts und begründet es für ein anderes.

Die Anhänger der privatrechtlichen Theorie über den Zuschlag in der Zwangsversteigerung beurteilen, von ihrem Standpunkt aus durchaus gerechtfertigt, auch die Eigentumsübertragung der Pfandsache auf den Ersteher nach rein privatrechtlichen Gesichtspunkten. Sie vollzieht sich nach ihrer Meinung durch Einigung zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Ersteher und durch Übergabe der Sache an den Ersteher (§ 929 BGB.).

Die publizistische Theorie muß die Übereignung an den Ersteher anders auffassen. Der Gerichtsvollzieher, der die dem Meistbietenden zugeschlagene Sache diesem zu eigen überträgt, handelt nicht als Vertreter des Gläubigers oder des Schuldners, sondern in Ausübung des staatlichen Zwangsrechtes. Kraft des durch die Pfändung begründeten staatlichen Verfügungsrechts entzieht er dem Schuldner das Eigentum und macht den Ersteher zum Eigentümer. Jede Handlung des Gerichtsvollziehers aber, die eine Betätigung des staatlichen Zwangsrechts darstellt, ist einer privatrechtlichen Konstruktion unfähig, kann vielmehr nur nach

---

[80]) Kretzschmar a. a. O. S. 964; Zapfe S. 53; Bierbach S. 48; Schneider, ZZP. Bd. 31 S. 271; Peiser, ZZP. Bd. 31 S. 399 ff.; RSpr. Bd. 17 S. 356; Lindemann bei Gruchot Bd. 48 S. 97.

[81]) Oertmann-Hellwig S. 323; Stein, Grundfragen S. 70; Komm. § 814 Ziff. 1, § 817 Ziff. 2; Falkmann S. 718; Horn S. 123. Anders. A. OLG. Hamburg v. 15. 6. 1909 in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 82 S. 166.

öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden. Die Übereignung der Versteigerungssache durch den Gerichtsvollzieher kann demnach nur ein Staatsakt sein.

In dieser Eigentumsübertragung begegnen wir wieder dem Begriff des publizistischen Rechtsgeschäfts. Nach der Einteilung Jellineks wäre sie in die Gruppe der Rechtsgeschäfte gemischten Charakters zu rechnen, weil einerseits eine Wirkung zuungunsten eines Untertans eintritt, indem dem Schuldner das Eigentum entzogen wird, andrerseits eine Wirkung zugunsten eines Untertans, indem dem Ersteher das Eigentum verschafft wird [82]). Nach Kormanns Gliederung der Verwaltungsakte müßte die prozessuale Eigentumsübertragung ihren Platz unter den sachenrechtlichen Verfügungen finden [83]). Hier allerdings kann uns die Unterordnung unter eine besondere Gruppe nicht interessieren. Es genügt uns die Feststellung, daß die Eigentumsübertragung durch den Gerichtsvollzieher überhaupt ein Staatsakt ist. Auffällig ist es, daß bisher die Lehrer des öffentlichen Rechts sich noch nicht mit der Frage nach der rechtlichen Natur der Eigentumsübertragung bei der Mobiliarzwangsversteigerung beschäftigt haben. Die Enteignung und den richterlichen Zuschlag bei der Immobiliarzwangsversteigerung behandeln sie allgemein als Verwaltungsakte [84]), aber eine Beurteilung der rechtlichen Natur des Eigentumsüberganges bei der Mobiliarzwangsversteigerung sucht man bei ihnen vergebens.

Der Unterschied zwischen den beiden genannten Auffassungen vom Wesen der Übereignung einer in der Versteigerung zugeschlagenen Sache kommt vor allem darin zum Ausdruck, daß nach der öffentlichrechtlichen Meinung eine Einigung fehlt. Die Eigentumsübertragung ist ein einseitiger Akt der Staatsgewalt, bei dem von einer Einigung mit dem Ersteher keine Rede sein kann. Eine solche wäre auch gar nicht möglich. Denn die Einigung ist ein dinglicher Vertrag, und Verträge können zwischen Staat und Ersteher nicht geschlossen werden, weil es, wie oben dargetan, an der erforderlichen Gleichordnung der beiden Rechtssubjekte fehlt. Dies wird allgemein zugegeben für das Gebiet der Immobiliarzwangsversteigerung und folgt dort aus § 90 ZVG., der bestimmt: „Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer." Aber auch die ZPO. spricht mit keinem Wort von einer Einigung, sondern nur von einer „Ablieferung der zugeschlagenen Sache" (§ 817 Abs. 2).

Von der privatrechtlichen Theorie wird allgemein der Fehler begangen, daß aus der privatrechtlichen Wirkung der Versteigerung, dem Verlust des Schuldnereigentums und der Begründung des Eigentums in der

---

[82]) Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt S. 24/25.

[83]) Kormann S. 109 ff.

[84]) s. Kormann S. 111, 113; Jellinek, Staatsakt S. 24; O. Mayer Bd. 2 S. 24.

Person des Erstehers auf das Wesen der Versteigerung geschlossen wird. Dieser Schluß ist nicht gerechtfertigt. Denn es ist selbstverständlich, daß, wenn der Staat mit Mitteln des öffentlichen Rechts in das Privatrecht eingreift, um dieses in einer bestimmten Richtung zu beeinflussen, privatrechtliche Erfolge eintreten[85]). Man kann vielleicht mit Kormann (S. 33) sagen, daß als oberflächlicher Maßstab dafür, ob eine Handlung dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuweisen sei, die Wirkungen der Handlung in Frage kommen können. Aber Kormann selbst räumt ein, daß es nicht richtig ist, den Wirkungen für die Beurteilung des Wesens der Handlung eine entscheidende Bedeutung beizulegen. Es gibt in der Tat viele öffentlichrechtliche Akte, die einen privatrechtlichen Erfolg haben. So bewirkt die Enteignung die Entstehung des privaten Eigentumsrechts, und die Pfändung erzeugt das private Pfandrecht. Und doch sind Enteignung und Pfändung öffentlichrechtliche Akte.

§ 13; 2. Das Wesen parallel gerichteter Vorgänge der Vollstreckung.

Für die öffentlichrechtliche Natur des Eigentumsübergangs bei der Fahrniszwangsversteigerung spricht auch die rechtliche Natur parallel gerichteter Vorgänge der Vollstreckung.

Der am nächsten verwandte Fall ist die Zwangsversteigerung in Grundstücke. Bei ihr tritt, wie schon mehrfach erwähnt, die öffentlichrechtliche Natur klar zutage und wird heute von der herrschenden Lehre anerkannt[86]). Während im Privatrecht zur Eigentumsübertragung eines Grundstücks die Einigung und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist, vollzieht sich im Zwangsversteigerungsverfahren der Eigentumsübergang außerhalb des Grundbuchs und ohne Einigung auf Grund des richterlichen Zuschlagsbeschlusses (§ 90 ZVG.). Auch an den beweglichen Sachen, auf die sich die Versteigerung erstreckt, erwirbt der Ersteher das Eigentum bereits mit dem Zuschlage, nicht erst, wie im Privatrecht, durch Einigung und Übergabe (§ 90 Abs. 2 ZVG.). Bei der Liegenschaftszwangsversteigerung tritt die Überordnung des Gerichts gegenüber dem Ersteher besonders deutlich in die Erscheinung, so daß von einem Vertrage, sei er obligatorischer oder dinglicher Natur, nicht die Rede sein kann. So kann unter gewissen Voraussetzungen das Gericht von dem Bieter eine Sicherheitsleistung verlangen (§ 70 ZVG.) und eine Sicherungshypothek eintragen lassen (§ 128 ZVG.)[87]).

---

[85]) vgl. Kohler, GrünhZ. Bd. 33 S. 561; Stein, Grundfragen S. 7; Horn S. 115.

[86]) s. Lit. bei Oertmann-Hellwig S. 415 Anm. 2.

[87]) Weitere Gründe, aus denen die übergeordnete Stellung des Gerichts hervorgeht, bei Horn S. 128/29; Lindemann S. 40/41.

Daß der Staat kraft eigenen Rechts die Zwangsversteigerung vornimmt, kann noch weniger als bei der Mobiliarzwangsvollstreckung bestritten werden. Denn der Grund, auf den man sich bei dieser vornehmlich beruft, daß die Versteigerung die Verwirklichung des Pfandrechts sei, kann dort nicht angeführt werden, weil ein Pfandrecht niemals entsteht [88]).

Schon in den Motiven wird die öffentlichrechtliche Auffassung des Eigentumserwerbs in der Immobiliarzwangsversteigerung vertreten, wenn es dort heißt [89]): „Der Erwerb des Erstehers kann nicht auf eine rechtsgeschäftliche [90]) Übertragung zurückgeführt werden; denn der Ersteher erwirbt das Eigentum nicht, weil es ihm von dem Beteiligten bzw. dem Gläubiger oder Schuldner übertragen, sondern weil ihm das Grundstück von dem Vollstreckungsgericht zugeschlagen wird." Auch das Reichsgericht [91]) teilt diesen Standpunkt und nimmt davon ausgehend an, daß der Ersteher auch dann Eigentümer werde, wenn der Vollstreckungsschuldner es nicht war [92]).

Ein weiterer prozessualer Vorgang, der in seinem Wesen der Übereignung von Fahrnis in der Zwangsversteigerung sehr nahe steht, ist die gerichtliche Überweisung beweglicher Sachen an den Gläubiger gemäß § 825 ZPO. Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners ist das Gericht befugt, diese Art der Verwertung anzuordnen. Schon in der Form, in der die Fahrnisüberweisung an den Gläubiger verfügt wird, zeigt sich, daß wir es hier mit einem öffentlichrechtlichen Akt zu tun haben. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß des Gerichts, und diese Beschlußform ist keiner privatrechtlichen Konstruktion fähig [93]). Die Stellung des Staates dem Gläubiger und Schuldner gegenüber als Inhaber des staatlichen Imperiums, nicht als Gleichberechtigter, kann bei der Fahrnisüberweisung am wenigsten zweifelhaft sein. Denn Gläubiger und Schuldner sind unmittelbar am Vollstreckungsverfahren beteiligt und deshalb stets der Macht des Vollstreckungsgerichts unterworfen.

Der Zwangsüberweisung nach § 825 ZPO. kann man mithin schwerlich den öffentlichrechtlichen Charakter absprechen [94]). Ihre Konstruktion bereitet denn auch den grundsätzlich auf dem Boden der Vertrags- und

---

88) And. A. Eckstein, ZZP. Bd. 40 S. 82.

89) Mot. z. ZVG. S. 259.

90) Hier natürlich im privatrechtlichen Sinne gebraucht. Der Begriff des publizistischen Rechtsgeschäfts setzte sich erst später durch.

91) RG. Bd. 60 S. 54.

92) Über den Stand der Meinungen betr. die rechtliche Natur der Liegenschaftszwangsversteigerung s. Lindemann S. 1 ff.

93) vgl. Lindemann S. 34.

94) So die herrschende Lehre. Oertmann-Hellwig S. 330; Lindemann S. 34 ff.; Stein, Grundfragen S. 74; Komm. § 825 Ziff. 3; OLG. Hamburg in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 82 S. 166, Bd. 71 Nr. 101 S. 173.

Vertretungstheorie stehenden Autoren die größten Schwierigkeiten, wenn sie es nicht überhaupt vorziehen, sich mit dieser Frage nicht zu beschäftigen[95]). Emmerich, der für die Versteigerung nach § 817 ZPO. mit aller Entschiedenheit die Vertragslehre vertritt, kann die gerichtliche Fahrnisüberweisung nicht anders erklären, als daß er die Erteilung einer Aneignungsbefugnis annimmt[96]). Der gerichtliche Überweisungsbeschluß ist nach ihm eine Anordnung über die Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens, ein Beschluß über Verfahrensänderung, der dem Gläubiger das Recht zuspricht, sich die gepfändete Sache anzueignen. Die Lehre Emmerichs aber entbehrt jeder gesetzlichen Stütze und erscheint überdies recht gezwungen. Sie ist denn auch mit Recht in der Literatur allgemein abgelehnt worden[97]).

Reichel, der als Erster die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis eingehend untersucht hat, faßt diese gleichfalls privatrechtlich auf. Nach seiner Meinung übereignet der Gläubiger kraft seines Pfandrechts, vertreten durch das Gericht, die Sache sich selbst, und der richterliche Beschluß hat lediglich die Bedeutung eines „Unschädlichkeitsattestes"[98]). Man kann Stein nur zustimmen, wenn er demgegenüber sagt[99]), Reichel stelle die Sachlage geradezu auf den Kopf. Denn der Gläubiger hat kein Recht zur Übereignung der gepfändeten Sache. Die Übereignung leitet vielmehr ihre Berechtigung nicht aus dem Pfändungspfandrechte her, sondern aus der durch die Pfändung begründeten staatlichen Verfügungsgewalt.

Die Konstruktion Reichels ist übrigens keineswegs einheitlich[100]). Hält er die Zwangsüberweisung, wie eben gesagt, für eine Übereignung des Gläubigers an sich selbst, so begründet er den Eigentumsübergang doch wieder (S. 159 ff.) als ein Analogon der lex commissoria, bei der der schuldnerische Wille ähnlich wie im § 897 ZPO. durch den richterlichen Beschluß ersetzt werde. Eine Berufung auf § 897 ist aber nicht angebracht. Der dort geregelte Fall ist ganz anders gelagert als die Zwangsüberweisung. Erfüllt der Eigentümer einer Sache trotz einer Verurteilung nicht die für ihn bestehende privatrechtliche Verpflichtung, das Eigentum auf einen anderen zu übertragen, so wird nach unserem geltenden Recht kein Zwang zur Abgabe der schuldnerischen Einigungserklärung geübt. Vielmehr greift dann eine gesetzliche Fiktion Platz, nach der die Willenserklärung in dem Zeitpunkt als abgegeben gilt, in dem

[95]) So Seuffert § 825.
[96]) Emmerich S. 344 ff.
[97]) Stein, Grundfragen S. 74; Komm. § 825 Ziff. 3; Lindemann S. 34 ff.; Horn S. 145 ff.
[98]) Reichel, JheringsJ. Bd. 53 S. 108 ff.
[99]) Grundfragen S. 73.
[100]) vgl. Emmerich S. 347 Anm. 127.

das Urteil die Rechtskraft erlangt (§ 894 ZPO.). Von einer staatlichen Zwangshandlung ist also keine Rede. Es ist nur eine Fiktion aufgestellt, nach der es in allem so gehalten werden soll, als habe der Schuldner die Willenserklärung selbst abgegeben. Die Eigentumsübertragung beruht also nicht auf einer Zwangshandlung des Staates, sondern auf der Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner. Nur das zweite zur Eigentumsübertragung erforderliche Moment der Übergabe wird durch eine Zwangshandlung des Gerichtsvollziehers, die Wegnahme, ersetzt. Für diese Wegnahme bestimmt § 897 ZPO. — parallel zu §§ 815 und 819 ZPO. —, daß sie als Übergabe durch den Schuldner gelten solle.

Eine ganz andere Bedeutung hat die Zwangsüberweisung nach § 825 ZPO. Der hier von dem Vollstreckungsgericht geübte Zwang ändert die dingliche Rechtslage unmittelbar, er ersetzt sowohl die Einigung als auch die Übergabe[101]).

Es kann mithin nur die Auffassung befriedigen, die in der Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis einen einseitigen Staatsakt sieht. Nicht auf Grund eines Vertrages erhält der Gläubiger das Eigentum an der gepfändeten Sache, sondern allein durch den auf der staatlichen Verfügungsgewalt beruhenden Machtspruch des Richters. Zwar darf der Richter die Überweisung nur vornehmen, wenn sich der Gläubiger damit einverstanden erklärt hat[102]), und außerdem ist er an die Bedingungen gebunden, die der Gläubiger gestellt hat, insbesondere in bezug auf den Preis[103]). Dies aber erklärt sich aus der besonderen Art der Verwertung. Es kann dem Gläubiger nicht gegen seinen Willen oder zu einem höheren Preise als dem von ihm gebotenen das Eigentum an der Sache übertragen werden. Verfügt der Richter gegen den Willen des Gläubigers die Überweisung, etwa weil er ein Einverständnis versehentlich annahm, so hindert dies jedoch nicht den Eigentumsübergang, da ein staatlicher Akt, wenn formgerecht ergangen, die ihm beigelegte Wirkung ohne Rücksicht auf privatrechtliche Voraussetzungen hat. Dem Gläubiger bleibt in solchem Falle das Rechtsmittel der Beschwerde[104]).

Ist die Überweisung von Fahrnis nach § 825 ZPO. ein öffentlichrechtlicher Akt, so sind auch die Formen der Eigentumsübertragung nicht nach bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Wie bei der Liegenschaftsversteigerung das Eigentum ohne Eintragung ins Grundbuch und ohne Einigung durch den Gerichtsbeschluß übertragen wird, so muß man auch hier annehmen, daß es zum Eigentumsübergang weder

---

[101]) vgl. Stein, Grundfragen S. 73; Komm. § 897 I; Horn S. 148.
[102]) Dertmann-Hellwig S. 330; Reichel S. 112, 162 ff.; Stein § 825 Ziff. 3. And. A. v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 38 S. 556 ff.
[103]) Reichel S. 114 ff.; Stein § 825 Ziff. 3; Lindemann S. 36.
[104]) vgl. Lindemann S. 36.

einer Einigung noch einer Übergabe bedarf[105]). Hierin zeigt sich ein Unterschied von der Fahrniszwangsversteigerung, bei der wir zum Eigentumsübergang die Übergabe für erforderlich erachtet haben. Der Zuschlag in der Mobiliarzwangsversteigerung spricht die Eigentumsübertragung noch nicht aus, sondern ist lediglich der Akt, der den Gerichtsvollzieher zur Eigentumsübertragung verpflichtet. Der Überweisungsbeschluß dagegen enthält nicht die Bestimmung, daß das Eigentum zu übertragen sei, sondern verfügt direkt die Übereignung der Sache des Schuldners auf den Gläubiger[106]).

Als dritte Verwertungsart prozessualer Vollstreckung, die der Eigentumsübertragung in der Zwangsversteigerung in ihrem Wesen nahe verwandt ist, sei hier die Überweisung einer Forderung an Zahlungsstatt nach § 835 ZPO. genannt. Durch die Pfändung einer Forderung und das Pfändungspfandrecht erlangt der Gläubiger noch nicht das Recht auf Befriedigung aus der Forderung. Dazu bedarf es noch des gerichtlichen Überweisungsbeschlusses[107]). Der öffentlichrechtliche Charakter dieser Überweisung ist allgemein anerkannt[108]). Wie die Überweisung von Fahrnis an den Gläubiger, so ist auch sie ein Ausfluß der durch die Pfändung begründeten Verfügungsbefugnis des Staates. Dieselben Gründe, die wir für die öffentlichrechtliche Natur jener Art der Überweisung angeführt haben, gelten in gleicher Weise auch hier.

Somit spricht auch die Regelung anderer Vollstreckungsvorgänge, die als Parallelen der Eigentumsübertragung einer in der Zwangsversteigerung zugeschlagenen Sache gelten können, für die hier vertretene Auffassung, daß die Übereignung durch den Gerichtsvollzieher ein einseitiger öffentlichrechtlicher Akt ist.

---

[105]) So auch Oertmann-Hellwig S. 330; Stein, Grundfragen S. 74; Komm. S. 825 Ziff. 3; Emmerich S. 345 Anm. 123; Horn S. 148. And. A. Reichel S. 141; v. Schrutka-Rechtenstamm, GrünhZ. Bd. 38 S. 557 ff.; Lindemann S. 37; OLG. Dresden in SeuffArch. Bd. 62 Nr. 171 S. 298; OLG. Hamburg in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 82 S. 166.

[106]) Auffällig ist Horns Vorwurf gegen Emmerich S. 146, daß dieser die Form der Übereignung bei der Zwangsversteigerung und bei der Zwangsüberweisung verschieden behandele, nimmt er doch selbst, wie Emmerich, an, daß bei der Versteigerung das Eigentum mit der Übergabe (S. 123) bei der Zwangsüberweisung ohne eine solche übergeht (S. 148).

[107]) vgl. Oertmann-Hellwig S. 344; Stein § 829 V, VII; Seuffert § 829, 4 b.

[108]) Stein, Grundfragen S. 74; Komm. § 835 I; Seuffert § 835, 1 a; Lindemann S. 34 ff.; Horn S. 48.

§ 14: V. Gesetzliche Einzelbestimmungen, die für die publizistische Theorie sprechen.

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen, daß die Mobiliarzwangsversteigerung nicht, wie vielfach angenommen wird, einen Kaufvertrag mit nachfolgender privatrechtlicher Übereignung darstellt, sondern daß sowohl der Zuschlag wie auch die Übereignung öffentlichrechtlichen Charakter haben, steht mit gewissen Einzelbestimmungen des Gesetzes in bestem Einklang.

So erklärt sich nach der hier vertretenen Auffassung zwanglos die Bestimmung des § 806 ZPO., der bei der Veräußerung auf Grund der Pfändung jede Gewährleistungspflicht ausschließt[109]). Die Motive begründen diese Vorschrift mit den Worten[110]): „Die Gewährleistung würde hier dem Zwecke der Veräußerung widersprechen." Zweifellos liegt der rechtspolitische Grund für den Haftungsausschluß nach § 806 einerseits darin, daß regelmäßig die Sache um einen verhältnismäßig geringen Preis zugeschlagen wird, andrerseits in dem dringenden Bedürfnis, durch die Zwangsversteigerung endgültige und glatte Ergebnisse herbeizuführen. Aber wollte man auch einen Gewährleistungsanspruch für berechtigt halten, so würde man einer großen Schwierigkeit bei der Frage begegnen, wem man überhaupt die Rolle des Haftpflichtigen geben solle[111]). Man findet dafür kein geeignetes Rechtssubjekt. Ist aber die Versteigerung ein staatlicher Akt, so kann ohnehin eine Gewährleistungspflicht nicht in Frage kommen[112]).

Ebenso gibt die öffentlichrechtliche Auffassung der Zwangsversteigerung eine ungezwungene Erklärung für die im § 512 BGB. getroffene Bestimmung, daß bei einem „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung"[113]) das Vorkaufsrecht ausgeschlossen ist. Diese Bestimmung beruht wohl auf dem Gesichtspunkte, daß es unbillig wäre, den durch das Vorkaufsrecht Verpflichteten für eine Veräußerung verantwortlich zu machen, die gegen seinen Willen vorgenommen wird[114]). Aber ein Vorkaufsrecht kann auch deshalb keine Berücksichtigung finden, weil der sog. „Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung" überhaupt kein eigentlicher Kaufvertrag ist, sondern ein Akt der staatlichen Tätigkeit.

---

[109]) Oertmann-Hellwig S. 322; Köhler, GrünhZ. Bd. 33 S. 571.
[110]) Begr. der Nov. von 1898 bei Hahn, Mat. Bd. 8 S. 150.
[111]) vgl. Oertmann-Hellwig S. 325.
[112]) Stein, Grundfragen S. 67 folgert aus der Ausschließung einzelner Kaufrechtsvorschriften, daß im übrigen nach dem Willen des Gesetzgebers das Kaufrecht gelten solle. Allein der Wille des Gesetzgebers ist nicht entscheidend, wenn er nicht Gesetz geworden ist.
[113]) Daß aus dem Wortlaut dieser Vorschrift nichts für die Vertragsnatur der Versteigerung geschlossen werden darf, wurde bereits gesagt.
[114]) vgl. Oertmann, Komm. § 512, 1.

Ferner läßt sich folgendes mit der Vertragstheorie schwerlich, mit der publizistischen Auffassung dagegen sehr wohl vereinbaren. Der Pfändung und der darauf beruhenden Veräußerung können nur der Eigentümer und solche Personen widersprechen, die ein sonstiges die Veräußerung hinderndes Recht haben (§ 771 ZPO.), Pfandgläubiger und andere Vorzugsberechtigte müssen dagegen die Veräußerung dulden, es sei denn, daß sie selbst im Besitze der Sache sind. Zu einem Widerspruche sind sie kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 805 ZPO.) nicht berechtigt. Ganz anders ist die Stellung der vorstehenden Pfandgläubiger bei dem Pfandverkaufe des BGB. geregelt. Auch hier vernichtet zwar nach § 1242 Abs. 2 die Veräußerung auf Grund eines Pfandrechts alle vorstehenden Pfandrechte. Aber der vorstehende Pfandgläubiger hat immer die Möglichkeit, die Veräußerung zu verhindern. Ist er im Besitze der Sache, so braucht er sie dem nachstehenden Pfandgläubiger zum Zwecke des Verkaufs nicht herauszugeben (§ 1232 Satz 1). Fehlt ihm der Besitz, so kann er der Veräußerung durch einen nachstehenden Pfandgläubiger widersprechen, falls er selbst veräußern will (§ 1232 Satz 2). Die in diesem Punkte von den Vorschriften des BGB. abweichende Regelung der ZPO. findet eine befriedigende Erklärung nur, wenn man annimmt, daß die prozessuale Pfandveräußerung nicht ihren Rechtsgrund in einem privaten Pfandrecht findet, sondern auf der staatlichen Verfügungsgewalt beruht. Denn es wäre kein Grund ersichtlich, den bevorrechtigten Pfandgläubiger bei der Zwangsversteigerung schlechter zu stellen als bei der gewöhnlichen Versteigerung, wenn in beiden Fällen die Veräußerung ein Ausfluß des privaten Pfandrechts sein soll[115]).

Vom Standpunkt der öffentlichrechtlichen Theorie erklärt sich auch am besten das in § 816 Abs. 4 (unter Bezugnahme auf § 1239 Abs. 1 BGB.) festgelegte Mitbietungsrecht des Pfandgläubigers und des Eigentümers. Für den Pfandverkauf des BGB. bereitet die Vorschrift des § 1239 Abs. 1 der Konstruktion die größten Schwierigkeiten, mit denen in gleicher Weise die Vertreter der Vertragsnatur der Zwangsversteigerung zu kämpfen haben.

Sieht man in der Zwangsversteigerung einen Kaufvertrag des Gläubigers mit dem Ersteher, so steht dem Mitbietungsrecht des Gläubigers zwar nicht das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB. entgegen; denn nach der Vertragstheorie veräußert der Gläubiger im eigenen Namen und nicht, wie dies in § 181 vorausgesetzt wird, als Vertreter einer anderen Person[116]). Aber die Vertragstheorie stößt deshalb bei dem Mitbietungsrecht des Gläubigers auf Schwierigkeiten, weil

[115]) vgl. Oertmann S. 322; O. Fischer, Preuß. Privatrecht S. 755.
[116]) vgl. Kortmann S. 35; Planck, Komm. § 1239, 1.

es nicht möglich ist, daß jemand im eigenen Namen mit sich selbst einen Vertrag schließt[117]). Die Anhänger der Vertragslehre sehen sich deshalb genötigt, in den §§ 1239 Abs. 1 BGB. und 816 Abs. 4 ZPO. eine Durchbrechung sonst geltender Rechtsregeln zu bilden. Gewöhnlich nimmt man eine Ausnahme von dem Verbot des Kontrahierens mit sich selbst an[118]). Planck (a. a. O.), der sich gegen diese Konstruktion wendet, sieht in den genannten Bestimmungen eine Erweiterung des Inhalts des Pfandrechts dahin, daß dem Pfandgläubiger die Befugnis gewährt wird, falls er bei der Versteigerung Meistbietender bleibt, sich selbst den Zuschlag zu erteilen. Wolff[119]) konstruiert den im § 1239 BGB. gestatteten Zuschlag mit nachfolgender Eigentumsübertragung als ein einseitiges Kausalgeschäft und eine einseitige Aneignung einer fremder Sache, wobei das Kausalgeschäft und das Aneignungsgeschäft alle Folgen haben sollen, die sonst der Verkaufs- und der Veräußerungsvertrag haben.

Während somit die Vertragstheorie mit recht gezwungenen Konstruktionen arbeiten muß, ergibt sich vom Standpunkte der öffentlichrechtlichen Auffassung die Erklärung der in § 816 Abs. 4 getroffenen Bestimmung des Gläubigermitbietungsrechts ohne Schwierigkeit. Der Zuschlag ist ein einseitiger Staatsakt, der dem Meistbietenden das Recht auf den Erwerb der Sache zuspricht. Dabei kann es gleichgültig sein, ob der Meistbietende zugleich der Vollstreckungsgläubiger ist. Denn der Gerichtsvollzieher handelt bei Erteilung des Zuschlages nicht in Ausübung eines Rechts des Gläubigers, sondern des staatlichen Zwangsrechts. Der Vollstreckungsgläubiger hat als Bieter den Zwangshandlungen des Gerichtsvollziehers gegenüber dieselbe Stellung wie jeder andere Bieter.

Der Zuschlag an den Vollstreckungsgläubiger steht somit der römischrechtlichen impetratio dominii sehr nahe. Grundsätzlich konnte der Gläubiger die Pfandsache nicht selbst erstehen[120]). Wenn aber bei dem Pfandverkauf kein annehmbares Gebot abgegeben wurde, so konnte er sich nach mehrfacher ergebnisloser Mahnung des Schuldners an den Princeps wenden, mit der Bitte um Zuschlag des Pfandes gegen dessen Sachwert[121]). Auf diese Bitte schlug der Princeps nach Prüfung der notwendigen Formalien dem Gläubiger die Sache zu und machte ihn dadurch zum Eigentümer. Der Zuschlag und die in ihm enthaltene Eigentumsübertragung der Pfandsache waren also Ausfluß der obrigkeitlichen Machtstellung des Princeps[122]). Ganz ähnlich liegt die Sache bei dem

---

117) vgl. Planck a. a. O.

118) So Kortmann S. 35, der auf Bloch verweist.

119) Sachenrecht § 166 VI, 1.

120) vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 240, 255, System Bd. 1 S. 509.

121) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 241/42.

122) Dernburg a. a. O. S. 242, 255.

Zuschlag an den Gläubiger nach geltendem Recht. Auch hier handelt der Gerichtsvollzieher kraft der staatlichen Zwangsgewalt. Zum Unterschiede von der römischrechtlichen impetratio dominii kann aber heute der Gläubiger stets mitbieten und den Zuschlag erhalten, nicht nur, wie im römischen Recht, wenn ein anderer Bieter nicht vorhanden war[123]).

Wie der Zuschlag an den Gläubiger, so bereitet auch derjenige an den Eigentümer der Vertragstheorie die größten Schwierigkeiten. Bis zur Übergabe der Sache an den Ersteher ist zweifellos der Schuldner noch Eigentümer der gepfändeten Sache. Bietet er nun bei der Versteigerung mit und erhält als Meistbietender den Zuschlag, so muß er also nach der Vertragslehre einen Kaufvertrag über seine eigene Sache schließen. Ein solcher Kaufvertrag ist aber nicht möglich. Niemand kann eine ihm schon gehörige Sache kaufen, da der Kaufvertrag immer erst auf die Erlangung des Eigentums gerichtet ist.

Dieses Bedenken sucht man auf die verschiedenste Art zu zerstreuen. Die Motive zu dem jetzigen § 1239 BGB. rechtfertigen[124]) die Möglichkeit des Zuschlages an den Eigentümer damit, daß sie annehmen, der Eigentümer erkaufe nicht die Sache selbst, sondern nur ihre Befreiung von dem Pfandrecht und sonstigen dinglichen Belastungen. Der Entwurf I verwertete diese Auffassung und bestimmte in § 1180 Abs. 3, daß der Zuschlag an den Eigentümer nur das an die rechtmäßige Pfandveräußerung sonst geknüpfte Erlöschen von Rechten Dritter, nicht aber einen neuen Eigentumserwerb des bisherigen Pfandeigentümers zur Folge habe[125]).

Gegen die Auffassung der Motive und des I. Entwurfs wandte sich Jacubezky (S. 292) in seinen Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB. Er lehrt, daß es sich bei der Erteilung des Zuschlages an den Eigentümer der Sache nicht um den Kauf einer eigenen Sache, d. h. einer Sache, die dem Käufer auch ohne den Kauf gehören würde, sondern um den Kauf einer Sache handele, deren Eigentum dem Eigentümer kraft des Pfandrechts entzogen werden könne und solle und ihm gleichzeitig aus der Hand des Pfandgläubigers wiedergegeben werde. Der Eigentümer kaufe also nicht nur die Befreiung seines bisherigen Eigentums von dem Pfandrechte und anderen dinglichen Belastungen, sondern der Kauf sei auf die Erlangung eines vollkommen neuen Eigentums gerichtet, wie bei jedem anderen Pfandverkauf. Die Meinung Jacubezkys eignete sich die

---

[123]) vgl. Kortmann S. 35.

[124]) Mot. Bd. 3 S. 826.

[125]) So auch Rebinger S. 28; Günther S. 56/57; Kleinfeller S. 677; Th. Wolff S. 273; Rothenberg S. 283; Lütkemann S. 31.

Kommission II an und strich demgemäß den § 1180 Abs. 3 des I. Entwurfs[126]).

Planck[127]) hält die beiden angegebenen Konstruktionen für gekünstelt und dem Wesen des Kaufs widersprechend. Nach ihm ist der Zuschlag an den Eigentümer der Sache nicht ein Kauf, sondern stellt die Ausübung eines Auslösungsrechts des Eigentümers dar.

Welcher der eben angeführten Ansichten man auch die größere Berechtigung zusprechen möchte, sie alle erscheinen durchaus gezwungen. Nach der publizistischen Auffassuug der Zwangsversteigerung dagegen läßt sich die Möglichkeit des Zuschlages an den Eigentümer ohne jede Schwierigkeit erklären. Denn nach ihr ist der Zuschlag die Verpflichtung zu einer staatlichen Verfügung. Durch die Pfändung hat der Staat die Verfügungsgewalt über die Sache erlangt. Er kann, wie es gewöhnlich geschieht, dem Schuldner das Eigentum an der Sache nehmen und es einem anderen übertragen. Nichts steht aber im Wege, daß er dem Schuldner, der Meistbietender geblieben ist, den Zuschlag erteilt und die Sache zurückgibt. Dieser Vorgang ist genau so zu erklären wie jede andere Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher. Mit der Übergabe der Versteigerungssache an den Ersteher erlischt das frühere Eigentum und alle anderen an der Sache bestehenden dinglichen Rechte, und ein vollkommen neues Eigentum wird für den Ersteher wieder begründet. Die zufällige Tatsache, daß Ersteher und früher Berechtigter dieselbe Person sind, ändert daran nichts[128]). Dem Schuldner wird also im Augenblicke der Übergabe der erstandenen Sache das frühere Eigentum entzogen und gleichzeitig ein neues Eigentumsrecht, frei von jeder Belastung übertragen. Die vielfach vertretene Meinung[129]), daß der Schuldner, der in der Zwangsversteigerung seine eigene Sache ersteht, nur die ihm durch die Pfändung genommene Verfügungsbefugnis und die Befreiung von etwa bestehenden Belastungen erwirbt, verdient keine Anerkennung. Es ist durchaus nicht schlüssig zu folgern, daß derjenige, der zuvor x — a Rechte hatte und nunmehr x Rechte hat, a Rechte neu erworben habe; ebensogut ist es möglich, daß er die x—a Rechte verloren hat und x Rechte wieder erworben hat[130]). Somit besteht kein Grund, die Versteigerung, bei der dem Vollstreckungsschuldner die Sache zugeschlagen und übergeben wird, anders zu beurteilen als diejenige, bei der ein Dritter der Ersteher ist.

---

126) Prot. S. 480. Wie Jacubezky auch Biermann, Sachenrecht § 1242, 1; Endemann, Lehrb. Bd. 2, 1 S. 924 Anm. 19; Kortmann S. 36 ff.; dagegen Wolff, Sachenrecht § 166 VI, 2 S. 589; Planck § 1239, 2; Rebinger a. a. O.; Günther a. a. O.

127) § 1239, 2.

128) So auch Horn S. 161; Jaeckel-Güthe S. 365.

129) Fischer-Schäfer S. 321; Kleinfeller S. 677; Rothenberg S. 283; Lütkemann S. 31; Th. Wolff S. 273.

130) vgl. Horn S. 161.

IV. Praktische Folgen der publizistischen Theorie.

§ 15: 1. Eigentumserwerb des Erstehers an Sachen Dritter ohne Rücksicht auf den guten Glauben.

Der Unterschied zwischen der hier vertretenen publizistischen Theorie und der Vertragslehre zeigt sich praktisch besonders bei der Behandlung der Frage nach dem Einfluß von Rechten Dritter an der Versteigerungssache auf den Erwerb durch den Ersteher und nach der Bedeutung des Willens des Erstehers für den Eigentumserwerb.

Es ist eine alltägliche Erscheinung, daß der Gerichtsvollzieher bei dem Schuldner befindliche Sachen pfändet, die diesem nicht gehören. Die verletzten Dritteigentümer können dann im Wege der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) ihre Sachen aus der durch die Pfändung begründeten staatlichen Verstrickung befreien. Machen sie aber von diesem Rechte keinen Gebrauch — etwa weil sie von der Pfändung nichts wußten —, so wird mit den gepfändeten Sachen in derselben Weise verfahren, als gehörten sie dem Schuldner, sie werden zur Versteigerung gebracht und dem Ersteher übergeben. Steht nun dem Eigentumserwerb dieses letzteren das Eigentumsrecht der Dritten entgegen? Und wie kann man den Eigentumserwerb rechtfertigen? Das sind Fragen, die die beiden Versteigerungstheorien verschieden beantworten. Nach der Vertragstheorie kann — von einem Schutz des guten Glaubens zunächst abgesehen — ein Eigentumsübergang nicht gerechtfertigt werden. Denn der Gläubiger, der nach Ansicht der meisten als Veräußerer gilt, hat kein Veräußerungsrecht, weil, wie oben dargetan, an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache kein Pfandrecht entsteht. Und auch der Schuldner, dem man bisweilen die Rolle des Veräußerers gibt, ist nicht zur Veräußerung berechtigt, weil er nicht Eigentümer ist. Ganz anders ist nach der öffentlichrechtlichen Theorie zu urteilen. Der Gerichtsvollzieher nimmt die Versteigerung in Ausübung des auf der Pfändung beruhenden staatlichen Verfügungsrechtes und nicht kraft des Rechtes einer Privatperson vor. Deshalb überträgt er auch das Eigentum auf den Ersteher ohne Rücksicht auf die privatrechtlichen Verhältnisse an den gepfändeten Sachen. Durch die ordnungsmäßige Pfändung gelangt die Sache, mag sie auch einem Dritten gehören, in die staatliche Verstrickung, und diese Verstrickung berechtigt den Staat zur Verfügung, die den Ersteher zum Eigentümer macht[131]). Damit ist dem dringenden praktischen Bedürfnisse

[131]) Dertmann-Hellwig S. 323; Stein, Grundfragen S. 76; Komm. § 817 IV; Horn S. 149.

genügt, durch die Versteigerung eine endgültige und klare Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse an den Versteigerungssachen zu erhalten.

Dieses Bedürfnis wird auch von den Anhängern der Vertragslehre nicht verkannt. Man versucht deshalb allgemein, den Eigentumserwerb des Erstehers bei einer Versteigerung ohne Pfändungspfandrecht mit dem Schutze des guten Glaubens zu retten und beruft sich dabei auf § 1244 BGB[132]), bisweilen auch direkt auf die §§ 932 ff.[133]). Die Berufung auf § 1244 BGB. ist vom Standpunkt der Vertragstheorie aus durchaus verständlich und folgerichtig. Denn nach ihr ist die Zwangsversteigerung wie die Pfandversteigerung des BGB. Ausfluß des Pfandrechts, und eine Heranziehung der Vorschriften über die Verwertung des Vertragspfandes erscheint deshalb angebracht. Eine unmittelbare Berufung auf die §§ 932 ff. BGB. zum Schutze des gutgläubigen Erstehers, wie wir sie bei Schultz und Emmerich (a. a. O.) finden, muß auch vom Standpunkte der Vertragstheorie aus abgelehnt werden. Denn der gute Glaube, der in diesen Vorschriften geschützt wird, ist ganz anderer Art als derjenige, den man bei einer Versteigerung ohne gültiges Pfandrecht geschützt wissen will. Während dort der Erwerber einer Sache den Veräußerer fälschlich für den Eigentümer hält, nimmt hier der Ersteher zu Unrecht das Vorliegen eines Verfügungsrechtes, des Pfandrechtes, an. Deshalb bedurfte es auch für die privatrechtliche Versteigerung auf Grund eines Vertragspfandrechts der Vorschrift des § 1244 BGB., um den guten Glauben an das Bestehen des Pfandrechts zu schützen. Eine direkte Anwendung der §§ 932 ff. BGB. ist nicht möglich[134]).

Die hier vertretene publizistische Theorie der Zwangversteigerung läßt bei einer ordnungsmäßigen Versteigerung das Eigentum auf den Ersteher übergehen ohne Rücksicht darauf, ob die versteigerte Sache dem Schuldner gehörte, ob ein Pfandrecht entstanden ist und ob der Ersteher gutgläubig ist[135]). Denn nach ihr ist die Versteigerung nicht Ausfluß eines Privatrechts, sondern des durch die Pfändung begründeten staatlichen Verfügungsrechtes. Und dieses staatliche Verfügungsrecht entsteht

---

[132]) So Smoira S. 52—54; Wolff in der Festg. f. Hübler S. 67/68; Reichmayr S. 85; Hirsch S. 245 ff.; Neumann, DJZ. 1901 S. 17; Weismann S. 137; RG. Bd. 61 S. 333 = JW. 1905 S. 692; RG. Bd. 104 S. 301.

[133]) So Schultz S. 351 ff.; Emmerich S. 340.

[134]) vgl. Smoira S. 53; Stein, Grundfragen S. 71; Komm. § 817 IV; Bloch S. 42; Nebinger S. 22; Staudinger § 816, 2 a; OLG. Stuttgart, Rspr. Bd. 2 S. 353; OLG. Dresden, SächsArch. Bd. 14 S. 228; weitere Lit. bei Smoira S. 43 Anm. 1.

[135]) So auch Oertmann-Hellwig S. 323; Stein, Grundfragen S. 71, 76; Komm. § 814 I, III, § 817 IV; Kohler in GrünhZ. Bd. 33 S. 571; Hachenburg, Vortr. S. 142 ff.; O. Fischer, Preuß. PrivR. S. 758; Horn S. 149.

durch jede ordnungsmäßige Pfändung. Ob daneben ein privates Pfandrecht entsteht, ist für den weiteren Verlauf des Verfahrens vollkommen gleichgültig. Das Recht, die Versteigerung vorzunehmen, dem Schuldner das Eigentum zu nehmen und es dem Ersteher zu übertragen, beruht auf dem staatlichen Zwangsrechte. Deshalb kann auch ein Schutz des guten Glaubens nicht in Frage kommen. Der im geltenden Recht anerkannte Grundsatz des Schutzes des guten Glaubens betrifft immer nur rechtsgeschäftliche Verfügungen des Privatrechts. Im Gebiet des öffentlichen Rechts ist dieser Grundsatz nicht anerkannt und kann hier auch keine Geltung haben, da der Staat seine Verfügungen kraft eigenen Rechts vornimmt, nicht in Anmaßung des Rechts eines anderen[186].

Nur in einem Falle der Zwangsversteigerung erscheint es auch nach der publizistischen Theorie angebracht, einen Schutz des guten Glaubens anzuerkennen. Wenn nämlich aus irgendeinem Grunde die Pfändung unwirksam ist, so hat der Staat über den Vollstreckungsgegenstand überhaupt nicht die Vollstreckungsgewalt erlangt, und ein Eigentumsübergang auf den Ersteher kann deshalb nicht mit der Berufung auf das staatliche Verfügungsrecht gerechtfertigt werden. Doch erscheint es unbillig, dem gutgläubigen Ersteher in diesem Falle den Eigentumserwerb zu versagen. „Der Gedanke, daß auch hier der gute Glaube geschützt werden müsse, macht sich mit impulsiver Kraft geltend.“[187] Man wird hier gut tun, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Schutz des guten Glaubens analog anzuwenden[188]. Die Rechtslage ist die gleiche wie in dem in § 366 HGB. geregelten Falle, wo ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert oder verpfändet und der gute Glaube an seine Verfügungsbefugnis geschützt wird. Der Einwendung Horns (S. 130), die Vorschriften des bürgerlichen Rechts könnten deshalb keine Anwendung finden, weil sie nur bei fehlendem privatem Verfügungsrecht eingreifen, ist entgegenzuhalten, daß dieser Umstand zwar eine direkte Anwendung ausschließt, nicht aber eine nur analoge. Daß rechtspolitisch der Eigentumserwerb des gutgläubigen Erstehers unbedingt zu wünschen ist, wenn die Pfändung unwirksam war, gibt auch Horn zu. Diesem Bedürfnis zu genügen, entnimmt er ganz allgemein dem bürgerlichen Recht das Prinzip des Schutzes des guten Glaubens und läßt mit seiner Hilfe den gutgläubigen Ersteher das Eigentum erwerben. Im Ergebnis stimmt also Horn vollkommen mit dem hier vertretenen Standpunkt überein.

---

[186]) vgl. Wolff in der Festg. für Hübler S. 65 und die dort Anm. 11 angeführte Lit.

[187]) Stein, Grundfragen S. 77.

[188]) So auch Stein, Grundfragen S. 76 77; Komm § 817 Abs. 3; vgl. RG. Bd. 80 S. 185 ff.; RG. in SeuffArch. Bd. 65 Nr. 10 S. 17 ff.; weitere Lit. bei Stein § 817 Anm. 11.

§ 16: 2. Bedeutung des Willens des Erstehers für den Eigentumserwerb.

Ist die Zwangsversteigerung eine einseitige Betätigung staatlicher Zwangsgewalt, so wird durch sie das Eigentum auf den Ersteher übertragen, auch ohne Rücksicht darauf, ob der Ersteher Eigentum erwerben will oder nicht. Der Gerichtsvollzieher überträgt das Eigentum als Beamter kraft des staatlichen Zwangsrechts. Formelle Voraussetzung dieser Eigentumsübertragung ist lediglich, daß derjenige, dem das Eigentum übertragen werden soll, ein Gebot abgegeben hat. Aber auf den Willen des Erstehers zur Zeit der Übergabe der Sache, diese zu erwerben, kommt es nicht an. Fehlt dieser Wille, so wird er trotzdem Eigentümer. Denn ein Staatsakt kann in seinen Wirkungen nicht von dem Willen eines Privaten abhängig sein[139]). Auch der Umfang des Eigentumserwerbs des Erstehers bestimmt sich lediglich nach dem Willen des durch den Gerichtsvollzieher handelnden Staats. Diejenigen Sachen, die dem Ersteher zugeschlagen und übergeben werden, gehen in das Eigentum des Erstehers über, mag auch der Erwerbswille des Erstehers auf ein Mehr oder Weniger gerichtet sein.

§ 17: 3. Die originäre Natur des Eigentumserwerbs.

Die in der Literatur vielfach aufgeworfene Frage, ob der Eigentumserwerb des Erstehers derivativ oder originär aufzufassen sei, ist nach der hier vertretenen publizistischen Auffassung der Zwangsversteigerung im letzteren Sinne zu beantworten. Denn nicht das bisherige Eigentumsrecht des Schuldners überträgt der Gerichtsvollzieher auf den Ersteher, sondern mit der Übergabe der Sache an den Ersteher vernichtet er das Eigentum des Schuldners und begründet es gleichzeitig neu in der Person des Erstehers. Diese Natur des Eigentumserwerbs des Erstehers geht klar daraus hervor, daß das Eigentum an der zugeschlagenen und übergebenen Sache auch dann übergeht, wenn der Schuldner nicht Eigentümer war. Die Macht, das Eigentum eines Rechtssubjekts zu vernichten und es für ein anderes neu zu begründen, entnimmt der Gerichtsvollzieher der staatlichen Verfügungsbefugnis. Stein nennt das Eigentum des

---

[139]) vgl. Horn S. 155; Stein S. 71. Für das Gebiet der Immobiliarzwangsversteigerung ist die Einflußlosigkeit des Willens des Erstehers allgemein anerkannt: Fischer-Schäfer S. 319; Oertmann-Hellwig S. 480; Zapfe S. 25; Weismann S. 199; RG. Bd. 45 S. 284, Bd. 60 54; RG. bei Gruchot Bd. 41 Nr. 91 S. 1033; weitere Lit. bei Horn S. 144 Anm. 1.

Erstehers treffend ein dominium ex causa iudicati captum[140]). Die originäre Natur des Eigentumserwerbs des Erstehers ist für das Gebiet der Immobiliarzwangsvollstreckung von der herrschenden Lehre anerkannt[141]). Und auch die Motive zum ZVG. sagen ausdrücklich[142]): „Der Ersteher ist nicht Rechtsnachfolger des Schuldners. Er erwirbt durch den Zuschlag als konstitutiven Akt das Eigentum." Faßt man die Mobiliarzwangsversteigerung gleichfalls öffentlichrechtlich auf, so besteht kein Grund, den Eigentumsübergang auf den Entsteher anders zu konstruieren als bei der Grundstücksversteigerung[143]).

Muß man somit auch dem Eigentumserwerb des Erstehers die Natur eines von dem Schuldnereigentum abgeleiteten Erwerbes versagen, so finden doch die Vorschriften der §§ 265, 325, 445, 727 ZPO. auch für den Ersteher Anwendung. Denn als Rechtsnachfolger im Sinne dieser Bestimmungen ist nicht nur der, der sein Recht von dem Rechte eines anderen ableitet, sondern jeder anzusehen, der an einem Gegenstand ein Recht erlangt hat, das inhaltlich dem bisherigen Recht eines anderen gleicht[144]).

---

[140]) Stein, Grundfragen S. 75.

[141]) Jaeckel-Güthe § 90, 2; Oertmann-Hellwig S. 418; Fischer-Schäfer § 90, 1 S. 320; RG. Bd. 60 S. 54, Bd. 67 S. 382.

[142]) Angeführt bei Jaeckel-Güthe a. a. O.

[143]) vgl. Horn S. 162 ff.

[144]) So auch Stein, Grundfragen S. 77; Lindemann S. 45; Jaeckel-Güthe § 90, 2; RG. Bd. 43 S. 10; Horn S. 164, der aber § 445 ZPO. auf den Ersteher nicht angewendet wissen will.

Lebenslauf.

Ich, Hermann Behrends, wurde am 12. April 1902 als Sohn des Pensionshausbesitzers Lübbo Behrends auf Borkum geboren. Von 1908 bis 1912 besuchte ich die Volksschule zu Borkum, von 1912 bis 1918 die Mittelschule daselbst und darauf die Oberrealschule zu Oldenburg, die ich 1922 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte die Rechtswissenschaft vier Semester in Tübingen und zwei Semester in Göttingen.

Am 19. Dezember 1925 bestand ich in Celle das Referendarexamen, am 16. Juni 1926 in Göttingen die mündliche Doktorprüfung.